# المحيط البرهاني

لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله

تأليف

الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ - ٦١٦ هـ

عني بإخراجه وتحقيقه

نعيم أشرف نور أحمد

المجلد الثاني عشر

إدارة القرآن　　　　المجلس العلمي

# الفصل السادس والعشرون

# في استئجار الدواب

١٣٩٧٧ - قال محمد رحمه الله في "الأصل": إذا تكارى الرجل من رجل إبلا مسماة بغير أعيانها من الكوفة إلى مكة، فالإجارة جائزة، وقال الشيخ الإمام الزاهد خواهر زاده رحمه الله: ليس تفسير المسألة أنه استأجر إبلا بغير أعيانه؛ لأن استئجار إبل بغير أعيانها لا يجوز لجهالة المعقود عليه، ألا ترى أنه لو استأجر عبداً للخدمة لا بعينه لا يجوز، وإنما لا يجوز لمكان جهالة المعقود عليه، وإنما تفسير المسألة أن يتقبل المكاري الحمل، فيقول له المستكري: احملني إلى مكة بكذا على إبل، فيكون المعقود عليه الحمل في ذمة المكاري، وأنه معلوم، والإبل آلة الحمل، وجهالة الآلة لا توجب فساد الإجارة، كما في الخياط والقصار، وما أشبه ذلك.

قال الصدر الشهيد رحمه الله: ونحن نفتي بالجواز، كما ذكر في الكتاب، وتفسير ذلك ما قلنا، وصار ذلك معتاداً حتى لو لم يكن كذلك لا يجوز.

١٣٩٧٨ - وفي "الفتاوى": إذا تكارى دابة إلى موضع معلوم بأربعة دراهم على أن يرجع في يومه ذلك، فلم يرجع إلى خمسة أيام، قال: يجب [illegible] ضمان أجرة الذهاب؛ لأنه مخالف في الرجوع.

١٣٩٧٩ - إذا استأجر بعيراً إلى مكة، فهذا على الذهاب دون المجيء، وفي العارية على الذهاب والمجيء؛ لأن في الإجارة مؤنة الرد على المؤاجر، والعارية مؤنة الرد على المستعير.

١٣٩٨٠ - وفي "الأصل": رجل تكارى دابتين من رجل صفقة واحدة على أن يحمل عليهما عشرين مختوماً، فحمل على كل واحدة منهما عشرة مخاتيم، قال: يقسم الأجر على أجر مثل كل دابة منهما، ولا ينظر إلى ما حمل عليهما؛ لأن أجر الدابة على قدر سيرها وقوتها وسرعتها وإبطائها.

وإذا تكارى قوم مسماة إبلاً على أن المكاري يحمل عليه من مرض منهم، أو من أعيا منهم، فهذا فاسد؛ لأن الراكب مجهول.

في الأصل أيضاً: ولو شرطوا عليه عقبة الأجير، وتفسيره: أن يركب واحد منهم، ثم ينزل، ثم يركب الآخر، ثم ينزل، فذلك جائز؛ لأن الراكب معلوم.

١٣٩٨١- وإذا أجر الرجل دابة إلى الجبانة، أو إلى الجنازة، فهذا لا يجوز، قالوا: إنما لا يجوز إلى الجبانة في بلدة لأهلها جبانتان، إحداهما قريبة، والأخرى بعيدة، ولا يدرى إلى أيهما أجر، أما إذا كانت جبانة واحدة يجوز، وتقع الإجارة على أول حدود من تلك الجبانة، كما لو استأجر دابة من محلة إلى محلة، وفي الجنازة إنما لا يجوز إذا كان المصلى اثنين أو ثلاثة، ولا يدرى إلى أيهم أجر، أما إذا كان المصلى واحد أو أكثر إلا أنه يعلم أنه إلى أيهم أجر يجوز.

١٣٩٨٢- وإذا استأجر دابة ليستتبع عليها رجلاً، أو ليلقى عليها رجلاً لا يجوز؛ لأن المعقود عليه في الدابة إنما يصير معلوماً، إما ببيان مدة معلومة إذا كان الركوب مستغرقاً جميع المدة، أو بتسمية مكان معلوم، ولم يوجد واحد منهما، أما المدة فظاهر، وأما المكان فلأنه لم يذكر أنه إلى أي مكان يستتبعه، وفي أي مكان يلقاه، فبقي المعقود عليه مجهولاً، وهذه جهالة توقعهما في المنازعة، فلهذا لا يجوز.

١٣٩٨٣- ومن هذا الجنس: إذا استأجر دابة من رجل كل شهر بعشرة على أنه متى بدا له من ليل أو نهار حاجة ركبها، فإن كان سمى بالكوفة ناحية من نواحيها، فهو جائز، وإن لم يسم مكاناً لا يجوز؛ لأن المعقود عليه مجهول؛ لأن المعقود عليه في الدابة لا يصير معلوماً ببيان المدة إذا لم يكن الركوب مستغرقاً جميع المدة، وإنما يصير معلوماً ببيان المكان، فأما إذا استأجر يوماً ليقضي به حوائجه في المصر، فهو جائز، وإن لم يبين مكاناً؛ لأن الركوب ههنا مستغرق جميع المدة، فهو بمنزلة ما لو استأجر رجلاً يوماً للخدمة، أو للخياطة وذلك جائز.

١٣٩٨٤- وإذا تكارى الرجل دابة من رجل على أن يركب مع فلان [يستتبعه](١) إلى مكان معلوم، حتى جازت الإجارة، فحبسها من الغد إلى انتصاف النهار، ثم بدا

(١) هكذا في الأصل، ف، م، وكذا في ظ: يستتبعه.

للرجل أن لا يخرج ، فرد الدابة عند الظهر ، فلا أجر لعدم تمكنه من استيفاء المعقود عليه في المكان الذي أضيف إليه العقد ، وهل يضمن هذا الحبس إن حبسها قدر ما يحبس الناس لانتظار خروج ذلك الرجل ، لا يضمن ، وإن كان أكثر من ذلك يضمن ؛ لأن المالك لم يأذن بحبس لا يستوجب[١] الأجر به ، لكن قدر ما يحبس الناس لخروج ذلك الرجل يحتاج إليه ، فصار ذلك مستثنى عرفا ، وبقي ما وراءه على أصل القياس .

١٣٩٨٥ - وإذا تكارى الرجل دابة من الكوفة ليركبها إلى مكة ، أو إلى مصر آخر ، كان له أن يبلغ بها منزله ، سواء استأجرها للركوب أو للحمل ، وهذا استحسان ، والقياس أن يقال : كما تنتهي إلى أول حدود تلك البلدة تنتهي الإجارة ، وجه القياس : أن الإجارة وقعت إلى كوفة لا إلى منزله ، فإذا انتهى إلى أول حدود الكوفة وجب أن تنتهي الإجارة ، كما لو استأجر في المصر من محلة إلى محلة ، ومنزل المستأجر في المحلة المشروط إليها ، فإنه ينتهي الإجارة إذا انتهى أول تلك المحلة ، ولا يبلغ به منزله ، كذا ههنا .

وجه الاستحسان : أن العرف الظاهر فيما بين الناس أن من استأجر دابة إلى مصر ، أو قرية أنه يبلغ به منزله ، وكذلك في الأحمال العرف فيما بين الناس أنهم يبلغون حملا لأنهم إلى منازلهم وحوانيتهم ، والعرف كالمشروط ، وهذا العرف معدوم في المحلة ، والمعنى في ذلك أنه ربما تكون المسافة من المحلة المشروط إليها إلى منزل المستأجر أضعاف ما يكون فيما بين المحلتين ، ويقبح أن يستأجر الرجل دابة إلى موضع ويدخل في الإجرة أضعاف ما ورد عليه الإجارة ، أو نقول : هذا العرف فيما بين الناس إذا كانت الزيادة على المكان المشروط دونه ، أما لا عرف فيما إذا كانت الزيادة فوقه أو مثله ، فيرد هذه الزيادة إلى ما يقتضيه القياس .

١٣٩٨٦ - وإذا استأجر دابة للحمل ، فله أن يركبه ، وإذا استأجرها للركوب لم يكن له أن يحمل عليها ، وإذا حمل عليها لا يستحق الأجر ، والفرق أن اسم الحمل يقع على الركوب ، يقال : حمل فلان فلانا على دابته إذا ركبه ، وإذا كان اسم الحمل يقع على الركوب ، دخل الركوب تحت اسم الحمل ، أما اسم الركوب لا يقع على الحمل ، ولهذا لا يقال : فلان ركب دابته إذا حمل عليها ، وإنما يقال : حمل ، فلا يدخل الحمل تحت اسم

(١) وكان في الأصل "لا يوجب".

١٢٩٨٧- وفي المنتقى: إذا استأجر دابة يحمل عليها، فحمل عليها رجلاً، لا يضمن؛ لأنه أخف، وإذا استأجر دابة يطحن عليها كل شهر بعشرة دراهم، ولم يسمّ كم يطحن عليها كل يوم، فالإجارة جائزة إذا سمّى ما يطحن؛ لأنه إذا سمّى ما يطحن فالإجارة وقعت على عمل معلوم، إلا أنه لم يبين مقدار العمل وبيان مقدار العمل بعد بيان جنس العمل ليس بشرط، فإن يطحن عليها بقدر ما تحتمل الدابة وتطيق، وما يطحن مثلها قدراً في العرف، وهو نظير ما لو استأجرها ليحمل عليها الحنطة، ولم يبين مقدار ما يحمل، فإنه يجوز على ما ذكره شمس الأئمة الحلواني رحمه الله، وله أن يحمل عليها قدر ما يحمل، كذا ههنا.

١٢٩٨٨- وإذا تكارى دابة من رجل إلى بغداد على أن يعطيه الأجر إذا رجع من بغداد، فمات المستأجر ببغداد، ولم يرجع منها، كان للمكاري أن يأخذ أجر الذهاب من تركته؛ لأن أجر الذهاب قد وجب بالذهاب إلى بغداد، إلا أن المكاري كان لا يطالبه بذلك قبل الرجوع؛ لأنه ضرب لذلك أجلاً، وهو قدر رجوعه من بغداد، فإذا مات فقد حلّ الأجل، فكان له المطالبة بذلك، كما في سائر الديون المؤجلة، إذا مات من عليه قبل حلول الأجل - والله أعلم.

# الفصل السابع والعشرون
## في مسائل الضمان بالخلاف والاستعمال والضياع والتلف وغير ذلك

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

**نوع منه:**

١٣٩٨٩ - قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير" : رجل استأجر حماراً بسرج ، فنزع ذلك السرج ، وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر ، فلا ضمان عليه .

في "الأصل" : فيما ذكر من جنس هذه المسائل أن المستأجر إذا خالف فيما شرط من الحمل على الدابة ، ينظر إن كان الجنس واحداً ، وضرر الثاني أقل من ضرر المشروط ، أو مثله ، فلا ضمان ؛ لأن الجنس إذا كان واحداً ، وقد استوى الضرران ، أو كان ضرر الثاني أقل لم يوجد الخلاف إلا من حيث الصورة ، والخلاف من حيث الصورة لا يكفي لوجوب الضمان .

وإن كان ضرر الثاني أكثر من ضرر المشروط ، لم يجب الضمان بقدر الزيادة ؛ لأنه في الزيادة خالف صورةً ومعنًى ، وإن كان الجنس مختلفاً ، يجب ضمان كل الدابة ، ولا تعتبر فيه قلة الضرر ولا كثرته ؛ لأن هذا خلاف صورةً ومعنًى ؛ لأن هذا الجنس لم يدخل تحت العقد أصلاً ، وصار الحال فيه بعد العقد كالحال قبله .

بيان هذا الأصل في تخريج[1] المسائل : إذا استأجر دابة ليحمل عليها حنطة بكيل معلوم إلى مكان معلوم ، فحمل عليها شعيراً بمثل ذلك الكيل إلى ذلك المكان ، وهلك الدابة لا يضمن ؛ لأن الشعير بمثل ذلك الكيل من الحنطة يكون أخف على الدابة من الحنطة ، فهذا خلاف صورة لا معنى .

وإن كان الشعير بمثل وزن الحنطة ، وباقي المسألة بحالها ، يضمن ؛ لأن الشعير

---

(١) هكذا في الأصل وب ، وكان في "ظ" و "م" : تخرج.

وزن الحنطة يكون أكثر كيلا من الحنطة ، فيأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ الحنطة ، فيكون هذا خلافاً صورة ومعنى .

١٣٩٩٠ - وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح كتاب العارية : إذا استعار دابة ليحمل عليها كذا من الحنطة ، فحمل عليها مثل ذلك الوزن من الشعير ، أو السمسم أو الأرز أنه يضمن قيمتها ، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرحه : أنه لا يضمن استحساناً ، وهو الأصح ؛ لأن ضرر الشعير مثل ضرر الحنطة في حق الدابة بعد استواء الوزن ؛ لأنه يأخذ من موضع الحمل من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ الحنطة ، فكان داخلا تحت الإذن ، وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله .

ولو استأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة شعير ، فحمل عليها خمسة أقفزة حنطة ضمن قيمتها ، وقيل : فيه روايتان ، وإذا استأجر دابة ليحمل عليها شعيراً بكيل معلوم ، فحمل عليها حنطة مثل ذلك الكيل ، ضمن قيمتها ؛ لأن الحنطة بمثل كيل الشعير يكون أثقل على الدابة من الشعير ، فيكون ضررها أكثر ، فكان خلافاً صورة ومعنى ، وإن كان مثل وزن الشعير لا يضمن .

فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا استأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة شعير ، فحمل عليها أحد عشر قفيزاً من شعير ، حيث يضمن جزءاً من أحد عشر جزءاً من قيمتها إذا كانت الدابة تطيق حمل أحد عشر قفيزاً ، وبينما إذا حمل عليها حنطة مثل كيل الشعير ، فإنه يضمن جميع قيمتها ؛ لأن هناك المحمول عليه من جنس المسمى ، فإذا هلكت الدابة بثقل[1] أحد عشر قفيزاً ، أو عشرة منها مأذون فيه ، وما زاد على العشر ليس بمأذون فيه ، فيضمن بذلك القدر ، أما ههنا بخلافه .

١٣٩٩١ - وإذا استأجر الرجل ليحمل عليها حنطة ، أو شعيراً بوزن معلوم ، فحمل عليها تبناً أو رملا ، أو حديداً مثل وزن الحنطة أو الشعير ، ضمن ؛ لأن الحنطة ، أو الشعير ينبسط على ظهر الدابة ، والحديد والرمل والملح يجتمع في مكان واحد ، فيكون أدق لظهر الدابة ، فيكون خلافاً صورة ومعنى .

وكذلك إذا حمل عليها تبناً ، أو حطباً ، أو قطناً بمثل ذلك وزناً ، ضمن ؛ لأن التبن

---

(١) هكذا في ظ وف ، وكان في الأصل وم "بقي".

والحطب والقطن يأخذ من ظهر الدابة من غير موضع الحمل، فيكون أشق على الدابة، فيكون خلافًا.

ولو استأجر ليحمل عليها تبنًا، أو حطبًا، أو قطنًا، أو رملًا، أو حديدًا، أو لبنًا، فحمل عليها حنطة أو شعيرًا بمثل وزن هذه الأشياء لا يضمن؛ لأن ضرر الحنطة والشعير دون ضرر هذه الأشياء؛ لأنهما لا يأخذان من ظهر الدابة شيء من غير موضع الحمل، وفي موضع الحمل ينبسطان، فيكون حملهما أيسر على الدابة، فيكون خلافًا صورة لا معنى.

نوع آخر:

١٣٩٩٢ - وإذا استأجر الرجل من آخر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها أحد عشر مختومًا، فعطبت الدابة من ذلك بعد ما بلغت المكان المشروط، فعليه الأجر كاملًا، ويضمن جزءًا من أحد عشر جزءًا من قيمة الدابة. أما عليه الأجر كاملًا؛ لأنه استوفى المعقود عليه وزيادة، ولم يهلك شيئًا من المستأجر، فكان عليه الأجر كاملًا[1].

١٣٩٩٣ - كما لو استأجر دارًا ليسكن فيها، فأسكن فيها حدادًا أو قصارًا، ولم ينهدم شيء من الدار من عمله، فإن عليه الأجر كاملًا، كذا ههنا.

وإنما قلنا: استوفى المعقود عليه وزيادة؛ لأن المعقود عليه حمل عشرة مخاتيم حنطة، وقد استوفى ذلك وزيادة، حيث حمل أحد عشر مختومًا، والزيادة لا تمنع استيفاء المعقود عليه، كما لو حمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، وركب دابة أخرى بلا أجر، وكما لو استأجر دارًا ليسكن فيها، فسكن فيها حدادًا أو قصارًا، ولم يهدم شيئًا من المستأجر، وإن ضمن جزءًا من أحد عشر جزءًا من قيمته، والمضمون يصير ملكًا للضامن بأداء الضمان؛ لأن الجزء المضمون ليس بمستأجر؛ لأن المستأجر منه من هذه الدابة قدر حمل عشرة مخاتيم حنطة؛ لأنه قدّر المعقود عليه بالحمل لا بالمدة، فيصير المستحق له من هذه الدابة قدر حمل عشرة مخاتيم حنطة، كما في الأجير المشترك عليه

(١) وكذا في الأصل: كاملا.

فلما طحن عشرة، انتهى العقد، فبعد ذلك هو في طحن الحادي عشر مخالف من أكمل وجه، فيضمن جميع قيمتها، كما لو طحن غيرها قفيزاً ابتداء. فأما الحمل يكون بدفعة واحدة، وبعض المحمول مأذون فيه، فلا يضمن بقدره.

١٣٩٩٤ - قال: وإذا استأجر دابة ليركبها، فركب هو وحمل مع نفسه آخر، إن سلمت الدابة، فعليه الأجر كملاً؛ لأنه استوفى المعقود عليه وزيادة، ولم يملك شيئاً من المستأجر؛ لأنه لا ضمان لما سلمت الدابة، ولو ثبت الملك لثبت بالضمان. وإن هلكت الدابة من ركوبهما بعدما بلغا المكان المشروط، فعليه الأجر كملاً، ويضمن نصف قيمة الدابة، وإنما ضمن نصف القيمة لأن الدابة تلفت من ركوبهما، فيكون التالف بركوب كل واحد منهما النصف، وركوب أحدهما مأذون فيه، وركوب الآخر ليس بمأذون فيه، فيعطى لكل ركوب حكم نفسه، ويكون للمالك في ذلك الخيار، فإن شاء ضمن المستأجر، وإن شاء ضمن ذلك الغير، فإن ضمن المستأجر لا يرجع على ذلك الغير، مستأجراً كان أو مستعيراً، وإن ضمن ذلك الغير، رجع على المستأجر إن كان ذلك الغير مستأجراً، وإن كان مستعيراً لا يرجع عليه.

ثم في حق الضمان يستوي أن يكون ذلك الغير أخف أو أثقل؛ لأن العبرة في باب الركوب للعدد؛ لأن التلف لا يحصل بالثقل؛ لأن رب خفيف ركوبه يفسد الدابة لقلة هدايته بأمر الركوب لكثرة حركاته واضطرابه، ورب جسيم لا يفسدها لهدايته بأمر الركوب لقلة حركاته واضطرابه على الدابة، فسقط اعتبار الوزن في الراكب، وبقيت العبرة للعدد.

قالوا: وإنما يضمن نصف قيمة الدابة إذا كانت الدابة تطيق ركوب اثنين، أما إذا كانت لا تطيق ركوب اثنين يضمن جميع قيمة الدابة؛ لأن ركوبهما، والحالة هذه قتل معنى إن كان ركوباً صورة، والعبرة للمعنى، وإنما كان على المستأجر الأجر كملاً، وإن ضمن نصف القيمة، وصار نصف الدابة ملكاً له بالضمان؛ لأن القدر المضمون ليس بمستأجر؛ لأن المستأجر من هذه الدابة قدر ركوبه؛ لأن المعقود عليه مقدّر بالعمل، فصار قدر ركوبه من هذه الدابة مستأجراً، وما زاد على ذلك غير مستأجر، والتقريب ما ذكرنا.

ثم إن محمدًا رحمه الله أوجب في هذه المسألة نصف القيمة مطلقًا، وذكر في الجامع الصغير فيمن استأجر دابة إلى القادسية، فأردف رجلا خلفه، فعطبت الدابة ضمن بقدر الزيادة، وذكر في الجامع الصغير أيضًا بعد هذه مسألة القادسية بكثير، واعتبر فيه الخزن والثقل.

وفي القدوري: يقول: المستأجر يضمن النصف سواء كان الثاني أخف أو أثقل، قال الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي رحمه الله: وحاصل ذلك أن يعتبر الخزن والثقل، فإن أشكل يعتبر العدد، وإن حمل عليها مع نفسه صغيرًا لا يمكنه استعمال الدابة، ولا تصريفها ضمن بحساب ما زاد؛ لأن الصغير إذا كان بهذه المثابة فحمله، وحمل شيء آخر سواء، ولو حمل عليها مع نفسه شيئًا آخر، وتلفت الدابة ضمن بقدر الزيادة أو طريق معرفة الزيادة في تلك الصورة أن يحرز القاضي الراكب، ويزن[1] ما حمل مع نفسه، أو يرجع في ذلك إلى من له بصارة يعرف أن هذا الحمل كم يزيد على قدر ركوبه، كذا هنا.

١٢٩٩٥ - ثم إذا ركب وحمل عليها مع نفسه حملا إنما يضمن بقدر ما زاد إذا ركب في غير مكان الحمل؛ لأن ثقل الراكب مع ثقل الحمل لا يجتمعان في مكان واحد، فيصير موافقًا في البعض مخالفًا في البعض، فيضمن بحساب ما خالف، فأما إذا ركب على مكان الحمل يضمن جميع القيمة؛ لأن ثقل الراكب مع ثقل الحمل يجتمعان في مكان واحد، فيكون أدق على الدابة.

١٢٩٩٦ - فعلى قياس هذه المسألة نقول: إذا استأجر دابة ليركبها، فركبها وحمل على عاتقه غيره، يضمن جميع القيمة، وهذا إذا كانت الدابة تطيق أن يركب عليها مع الحمل، أما إذا كانت لا تطيق ذلك يجب جميع الضمان في الأحوال كلها، ولو استأجر ليركبها، فلبس من الثياب أكثر مما كان عليه حين استأجرها إن لبس من ذلك مثل ما يلبسه الناس، فلا ضمان، وإن لبس ما لا يلبسه الناس، فيضمن بحسب ما زاد؛ لأن في الفصل الأول ما زاد من الثياب داخل تحت الإجارة عرفًا، والمعروف كالمشروط، وفي الفصل الثاني ما زاد من الثياب ليس بداخل تحت الإجارة أصلا، لا عرفًا ولا شرطًا، فيضمن

(١) هكذا في ط، وكذا في الأصل و م، وموضعه محلي، وكذا في ف: ويزن.

بخلاف ما لو حمل عليها شيئاً آخر.

١٣٩٩٧ - وإذا استأجر دابة ليركبها، فلم يركب بنفسه، بل أركب غيره، ضمن قيمة الدابة؛ لأن ركوب غيره ليس بداخل تحت العقد؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب.

وفي «الأصل»: إذا تكارى الرجل من غيره دابة يحمل عليها إنساناً بأجر معلوم، فحمل عليها امرأة ثقيلة، فعطبت الدابة، فإن كانت الدابة بحال تطيق حمل مثلها فلا ضمان عليه؛ لأنه حمل عليها إنساناً كما سمّى في العقد؛ لأن اسم الإنسان يقع على الرجل والمرأة جميعاً. وعليه الأجر استحساناً؛ لأنه استأجرها للركوب، ولم يبيّن الراكب، فوقعت الإجارة فاسدة، فإذا ركب إنسان انقلبت الإجارة جائزة استحساناً.

وإن كانت الدابة بحال لا تطيق حملها يكون ضامناً؛ لأن الدابة إذا كانت لا تطيق حملها، كان حملها عليها إتلافاً لا حملاً، والإتلاف لم يدخل تحت الإذن.

١٣٩٩٨ - وإذا استأجر دابة ليركبها، فحمل عليها صبياً صغيراً، فعطبت الدابة من حمله، فهو ضامن؛ لأنه خالف؛ لأن الصبي الذي لا يستمسك بنفسه على الدابة بمنزلة الحمل، ألا ترى أن من استأجر دابة ليركبها، فأردف مع نفسه صغيراً لا يستمسك بنفسه على الدابة، ضمن بقدر ثقله[1]، وإذا أردف مع نفسه من يستمسك بنفسه على الدابة ضمن نصف القيمة، فثبت أن وضع الصبي على الدابة حمل، وليس بإركاب، والحمل مع الركوب جنسان مختلفان، فصار به غاصباً ضامناً.

١٣٩٩٩ - وإذا استأجر حماراً مسرجاً، فأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر، فهو ضامن بقدر ما زاد باتفاق الروايات بالإجماع؛ لأنه موافق في البعض صورة ومعنى؛ لأنه أسرج كما شرط في العقد، إلا أن هذا السرج أثقل من الذي شرط في العقد، فهو بمنزلة ما لو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها أحد عشر مختوماً، وإن كان السرج الثاني أخف من الأول أو مثله، فلا ضمان؛ لأنه ليس بمخالف معنى.

وكذلك لو استأجره بإكاف، فنزع ذلك الإكاف، وأوكفه بإكاف هو أخف من الأول أو مثله، فلا ضمان، وإن أوكفه بإكاف هو أثقل ضمن بقدر الزيادة.

---

(١) وكذا في الأصل: ضمن القيمة بقدر ثقله.

١٤٠٠٠ - وإذا استأجر حماراً بإكاف ليركبه، فنزع الإكاف، وأسرجه، فلا ضمان، لأن السرج أخف على الدابة من الإكاف، فلم يكن هذا خلافاً معنى.

ولو استأجر حماراً بسرج ليركب، فحمل عليه مكان السرج إكافاً، وركبه، فهو ضامن، هكذا ذكر في "الجامع الصغير"، قالوا: هذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: هو ضامن بقدر ما زاد، وذكر في "الأصل": وقال: هو ضامن بقدر ما زاد، ولم يذكر الخلاف.

فمن مشايخنا رحمهم الله من قال: لا خلاف بين الروايتين عند أبي حنيفة رحمه الله، فإن ذكر في "الجامع الصغير": أن على قول أبي حنيفة رحمه الله: هو ضامن، ولم يذكر أنه ضامن جميع القيمة أو بقدر ما زاد، فصار ما ذكر في "الأصل" تفسيراً لما ذكر في "الجامع الصغير".

ومنهم من قال: في المسألة روايتان على قول أبي حنيفة رحمه الله، على رواية "الأصل": يضمن بقدر ما زاد، وهو قولهما رحمهما الله، وعلى رواية "الجامع الصغير": يضمن جميع القيمة.

وهذا إذا كانت الدابة يوكف مثل هذا الإكاف، أما إذا كانت دابة لا توكف أصلاً، أو لا توكف بمثل هذا الإكاف، يضمن جميع القيمة في قولهم جميعاً، وكان الفقيه أبو بكر محمد رحمه الله يوفق بين الروايتين، ويقول: رواية "الجامع الصغير" محمولة على دابة تصلح للإكاف والسرج، ورواية "الأصل" محمولة على دابة لا تصلح للإكاف.

ومن المشايخ رحمهم الله من لم يوفق بين الروايتين من هذا الوجه، وذكر لكل رواية وجهاً، وجه ما ذكر في "الأصل"، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: إن المستأجر فيما صنع موافق في البعض صورة ومعنى، ومخالف في البعض معنى؛ لأن الإكاف والسرج جنس واحد؛ لأن كل واحد منهما آلة الركوب، وكل واحد منهما متخذ من الخشب، إلا أن الإكاف أثقل من السرج، فكان بمنزلة ما لو حمل عليها سرجاً آخر أثقل من السرج المأمور به.

وجه ما ذكر في "الجامع الصغير": وهو الأصح، أنه مخالف في الكل صورة

ومعنى: أما صورة فلأن الإكاف غير السرج صورة واسماً وهيئةً، وأما معنى فلأن الإكاف أثقل من السرج على الدابة، فكان مخالفاً صورة ومعنى، فيضمن جميع قيمة الدابة إذا هلكت من ذلك، كما لو استأجر دابة ليحمل عليها شعيراً، فحمل عليها مثل ذلك الكيل حنطة.

١٤٠٠١- ولو استأجر حماراً عرياناً، فأسرجه وركبه، فهو ضامن، قال مشايخنا رحمهم الله: إذا استأجر من موضع إلى موضع لا يكري لركوب إليه إلا بسرج، نحو أن يستأجره من بلد إلى بلد لا يضمن؛ لأن الإذن بالإسراج يثبت دلالة، وكذلك لو استأجره ليركبه في المصر، والمستأجر ممن لا يركب في المصر عرياناً، فلا ضمان، ويثبت الإذن بالإسراج في حقه دلالة، وإن كان المستأجر ممن يركب في المصر عرياناً، فعليه الضمان إذا لم يثبت الإذن بالإسراج في حقه، لا نصاً ولا دلالة.

ثم إذا ضمن يضمن جميع القيمة أو بقدر ما زاد؟ لا ذكر لهذه المسألة في الأصل، وقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، بعضهم قالوا: يضمن بقدر ما زاد، كما لو ركبه، وأركب معه نفسه غيره، وبعضهم قالوا: يضمن جميع القيمة، وهو الصحيح؛ لأنه بما صنع مخالف في الكل صورة ومعنى.

أما صورة فلأنه أمر أن يركبها عرياناً، وقد ركبها مع السرج، وأما معنى فلأن الركوب على السرج أضر بالدابة؛ لأن ثقل الراكب والسرج يجتمعان في مكان واحد، فكان أدق لظهرها، بخلاف ما إذا ركبها أو أركب معه نفسه غيره؛ لأن ثقل الآخر لم يجتمع في المكان الذي ذكره بنفسه.

١٤٠٠٢- ولو استأجر دابة بغير لجام، فألجمها، لا ضمان عليه إذا كانت دابة يلجم مثلها؛ لأن اللجام في الأصل وضع لضبط الدابة عن السير، ولا بد للراكب من ذلك إذا كانت دابة يلجم مثلها، فيصير مأذوناً باللجام، حتى لو كانت دابة لا تلجم، يصير ضامناً؛ لمكان الضبط من غير لجام، ولو كان عليها لجام، فأبدلها بلجام آخر، فلا ضمان، هكذا ذكر القدوري في شرحه.

١٤٠٠٣- وقال محمد رحمه الله: إذا استأجر من آخر دابة إلى الحيرة بدرهم، فجاوز بها إلى القادسية، ثم ردها إلى الحيرة، فنفقت فهو ضامن، قال: وكذلك

نيابته ، وإذا انتهى العقد انتهى الأمر بالحفظ ؛ لأن الأمر بالحفظ ما ثبت نصًا ، إنما يثبت مقتضى الإجارة والعارية ، فيرتفع بارتفاع الإجارة والعارية ، فأما إذا عاد إلى الخيرة عنده والأمر بالحفظ لم يبق بقائم ، فلا يصير ممتثلا أمر المالك ، فلا يعود أمينًا ، بخلاف المودع ؛ لأن الأمر بالحفظ في الوديعة ثابت مقصودًا ، وأنه مطلق ، فيتناول كل زمان . والتقريب ما مر .

وجه قول من سوّى بينهما أن المالك ما أمر المستعير والمستأجر الحفظ مقصودًا ، إنما أمرهما بالاستعمال والانتفاع ، وإنما يثبت لهما ولاية الحفظ تبعًا للاستعمال ، لا بأمر ثابت من جهة المالك ، فإذا جاوز الحيرة ، صار غاصبًا للدابة ، دخلت في ضمانه ، والغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد ، أما على المالك ، أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ، ولم يوجد ههنا ذلك ، والصدر الشهيد رحمه الله كان يميل إلى القول الثاني ، وغيره من مشايخ زماننا كانوا يميلون إلى القول الأول .

وعن أبي يوسف رحمه الله في "النوادر" رواية أخرى : أنه إذا استعار ، أو استأجر ذاهبًا وجائيًا ، لا يبرأ عن الضمان ، [فإذا استأجر ، أو استعار ذاهبًا لا جائيًا ، يبرأ عن الضمان ؛ لأنه إذا استأجر ، أو استعار ذاهبًا وجائيًا ، فالرد على المستأجر ، فيكون المستأجر في حق المسألة بمنزلة الغاصب ، والغاصب لا يبرأ إلا برده على المالك ، أو من هو قائم مقام المالك ، فأما إذا استأجر ، أو استعار ذاهبًا لا جائيًا ، فالرد يكون على المالك [(١) ، فيكون المستأجر والمستعير بمنزلة المودع ، فيبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق .

١٤٠٠٤ - وفي "القدوري" : قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : فيمن استأجر دابة إلى مكان معلوم ، فلما سار بعض الطريق ادعاها لنفسه ، وجحد أن يكون استأجرها ، وصاحب الدابة يدعي الإجارة ، فإن نفقت من ركوبه فلا ضمان ، وإن نفقت قبل أن يركب ضمن ، ولو انقضت المسافة ، فجاء بها ليردها على صاحبها ، فتلفت ، وجب الضمان ، فقد جعلاه ضامنًا ، ثم أسقطا عنه الضمان بالركوب ، وهذا يقتضي أن يكون يد المستأجر قائمة مقام يد الآجر .

---

(١) هكذا في تصحيح "ظ" ولكن كانت عبارة محررة جدا ، وكان في الأصل وف ، وم : " لا يبرأ عن الضمان ؛ لأنه إذا استأجر ، أو استعار ذاهبًا وجائيًا ، فالرد على المستأجر ، فيكون ... إلخ " .

الموضع، ولبسه في منزله. قال أبو بكر رحمه الله: هو مخالف ولا أجر عليه، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: عندي أنه غير مخالف، وعليه الأجر؛ لأن هذا خلاف إلى خير، فلا يصير به ضامنًا، فلا يسقط الأجر؛ ولأن الأجر مقابل بمنفعة اللبس دون الحمل إلى ذلك المكان، وإنما ذكر المكان استثناءً من الأجر لو اتفق الذهاب إليه، فكان تعيين المكان لازمًا في حق الأجير دون المستأجر.

قال أبو الليث رحمه الله: وهذا بخلاف ما لو استأجر دابة ليذهب إلى موضع كذا، فركبها في المصر في حوائجه، فهو مخالف؛ لأن في الدابة لا تجوز الإجارة إلا أن يبيّن المكان، وفي الثوب يحتاج إلى بيان الوقت دون المكان، فوقعت الإجارة في الدابة على المكان المذكور، والركوب في المصر ليس خلافًا إلى خير، فصار مخالفًا، أما ههنا بخلافه.

استكرى دابة ليسير فرسخًا، فسار عليها ستة فراسخ، فعليه من الكراء مقدار ما سمى، وفيما زاد على الفرسخ هو غاصب، فلا أجر عليه، ولو رضي صاحب الدابة، فكان له خيرًا في الأجرة؛ لأنه يتقاضى في الأجرة بإحسان.

١٤٠٠٧ - استأجر حمارًا ليحمل عليه وقر حنطة إلى المدينة، فحمل الحنطة إلى المدينة وباعها، وانصرف إلى منزله، فوضع على الحمار مقدار قفيز من الملح، فأخذه مرض في الطريق، فمات، فعليه ضمان الحمار إذا حمل عليه الملح بغير إذن صاحب الحمار؛ لأنه صار غاصبًا بذلك، فدخل في ضمانه.

١٤٠٠٨ - استأجر دابة ليحمل عليها حنطة من موضع إلى منزله يومًا إلى الليل، فكان يحمل الحنطة إلى منزله، وإذا أراد الذهاب ثانيًا يركبها، فعطبت الدابة، ذكر عن أبي بكر رحمه الله أن يضمن؛ لأنه استأجرها للحمل دون الركوب، فكان غاصبًا في الركوب. قال أبو الليث رحمه الله: هذا هو القياس، لكن في الاستحسان لا يضمن؛ لأن العادة جرت فيما بين الناس كذلك، فصار كأنه أذن له في ذلك من طريق الدلالة، وإن لم يأذن بالإفصاح.

١٤٠٠٩ - استأجر حمارًا ليحمل عليه اثني عشر وقرًا من التراب إلى أرضه بدرهم، وله في أرضه لبن، فكلما فارق أرضه يحمل عليه وقرًا من اللبن، فإن هلك

نوع آخر:

١٤٠٦١ - في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: رجل جاء بدابته إلى بيطار، وقال: انظر فيها، فإن بها علة، فنظر فيها، فقال: يجب إنزالها علة، يقال لها: فأرة، يعني موش، فأمره صاحب الدابة بإخراجها، فأخرج ذلك بأمر صاحب الدابة، وماتت الدابة، فلا ضمان على البيطار؛ لأنه مأذون في ذلك.

١٤٠٦٢ - وفي «المنتقى»: رجل قال لصيرفي: انقد لي عشرة دراهم بكذا، ففعل، ثم وجد صاحب الدراهم فيها زيوفًا أو ستوقة، فلا ضمان على الصيرفي؛ لأنه لم يبطل عليه حقه، ولكن يرد من الأجر بحساب ما وجد زيفًا حتى إن في مسألتنا لو وجد درهمًا زيفًا ليرد عشر الأجر، ولو وجد الكل زيفًا يرد كل الأجر؛ لأنه لم يوف المعقود عليه هذا القدر.

في «فتاوى النسفي»: إذا أخذ من له الدراهم دراهم من عليه، وقد انتقدها الناقد، ثم خرج بعض الدراهم زيوفًا أو ستوقة، فلا ضمان على الناقد، ولكن يرد القابض الزيوف على الدافع، فإن أنكر الدافع، وقال: ليس هذا من دراهمي، فالقول قول القابض؛ لأنه لو أنكر القبض أصلاً، كان القول قوله، فكذا إذا أنكر القبض فيما عدا هذا المعين(١).

١٤٠٦٣ - سأل وراقًا أن يكتب له جميع القرآن(٢)، وينقطه ويعشره ويصححه، وأعطاه الكاغد والحبر، وشرط له أربعون درهمًا، فكتب وترك بعض العواشير، وأخطأ في النقط، قال: إن فعل ذلك في كل ورقة، فالدافع بالخيار، إن شاء أخذ المكتوب، وأعطاه الأجر مثل عمله، لا يجاوز به أربعين، وإن شاء ترك المكتوب، وضمنه مثل بياضه وحبره.

وهو نظير ما لو دفع إلى خياط ثوبًا ليخيطه له، فخاطه قباء ذا طاق واحد، وقد قال له: قرطق، يخير المالك بين أن يضمنه قيمة ثوبه، ويترك القرطق عليه، وبين أن يأخذ القباء،

---

(١) هكذا في ط، ف، وكان في الأصل: م هذا المعنى.

(٢) وفي ف: جامع القرآن.

ويعطي أجر مثله، لا يجاوز به الأجر المسمّى، وإن كان الوراق وافقه في بعضه، وخالفه في بعض أحذيه، وأعطاه حصة ما وافق من المسمّى، وحصة ما خالفه من أجر المثل؛ لأنه فيما وافق جرى على موجب العقد، فاستحق حصته من المسمّى، وفيما خالف لم يجر على موجب العقد من كل وجه، فكأنه عمل بإجارة فاسدة، فيستحق أجر المثل.

١٤٠٦٤ - ولو دفع إلى صباغ ثوبًا ليصبغ بعصفر بربع الهاشمي، فصبغه بقفيز عصفر، فهذا على وجهين: إن صبغ أولاً بربع الهاشمي، ثم صبغه بثلاثة أرباع القفيز، فصاحب الثوب بالخيار، إن شاء ضمن قيمة ثوبه أبيض، ولا أجر، وإن شاء مصبوغًا بربع الهاشمي، وأعطاه المسمّى، وإن شاء أخذ الثوب، وأعطاه المسمّى، وما زاد ثلاثة أرباع القفيز في الثوب، وهذا لأنه حين صبغ بالربع، فقد وفى بالشرط، فإذا صبغ بعد ذلك، فهو متعدي في هذا الصبغ، فيصير كأنه غصب ثوبًا مصبوغًا بعصفر بالربع، وصبغه بعد ذلك بثلاثة الأرباع؛ لأن الصبغ في حكم المقبوض من وجه، إلا أنه لم يكمل القبض فيه؛ لأنه لم يصل إلى يده، فكان له أن يضمنه الثوب أبيض، وله أن يضمنه مصبوغًا بعصفر.

وإن كان صبغه ابتداء بقفيز، فله ما زاد الصبغ فيه، ولا أجر له؛ لأن لم يوف العمل على الوجه المأذون فيه، فيصير كأنه غصب ثوبًا، وصبغه بعصفر، هكذا ذكر القدوري، وروى ابن سماعة عن محمد - رحمهم الله - بخلافه، فقال: له أن يضمنه قيمة ثوبه أبيض، وله أن يأخذ الثوب، ويغرم الأجر، وما زاد ثلاثة أرباع القفيز فيه، مجتمعًا كان أو متفرقًا، وهذا لأن الثوب لا يتشرب الصبغ دفعة واحدة، ولكن شيئًا فشيئًا، فلا يقع الفرق بين أن يكون مجتمعًا أو متفرقًا، وستأتي هذه المسألة مع زيادة تفريعات في فصل المتفرقات - إن شاء الله تعالى -.

١٤٠٦٥ - ولو دفع إلى صباغ ثوبًا، وأمر أن يصبغه بزعفران، أو ببقم[1] فخالف، فصبغه غير ما سمّى، إلا أنه من[2] ذلك الصبغ يريد به أنه لم يصبغ صبغه، وقد كان أمره صاحب الثوب أن يصبغه، فالمالك بالخيار، إن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض، ويسلم له

(١) البقم: نوع شجر يستعمل لصبغ الثوب.

(٢) هكذا في [illegible] والأصل، ولكن في م: [illegible]

الثوب، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله، لا يزاد به على المسمى، كذا في الأصل.

١٤٠٦٦-وفي القدوري: إذا أمر إنسانًا أن ينقش اسمه في فص خاتمه، فغلط ونقش اسم غيره، ضمن الخاتم؛ لأنه فوّت عليه الغرض المطلوب من الخاتم، وهو الختم به، فصار كالمستهلك، وفيه لو أمره أن يحفر له بئرًا، فحفر فغلط، يعطي ما زاد الحفر فيه، ولا أجر له؛ لأنه عمل ما لم يستأجر له، فلا يستحق الأجر، ولكن يعطي من قيمة الضيعة ما زاد في ثمنه.

قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير عن أبي حنيفة رحمه الله: في رجل استأجر أرضًا ليزرعها حنطة، فزرعها رطبة، قال: هو ضامن لما نقص الأرض، ولا أجر عليه، وهذا لأن الرطبة لا يعرف نهايتها، وضررها بالأرض ظاهر، وأنه يخالف ضرر سائر الحبوب، فزارعها يصير غاصبًا، فلا يجب الأجر.

١٤٠٦٧-قال محمد رحمه الله فيه أيضًا: في رجل دفع إلى خياط ثوبًا وأمره أن يخيطه قميصًا بدرهم، فخاطه قباء، وأقر بالخلاف، فلصاحب الثوب الخيار، إن شاء ضمنه قيمة ثوبه، ويترك[1] القباء عليه، وإن شاء أخذ القباء، وأعطاه أجر مثل عمله لا يجاوز به المسمى، هكذا ذكر ههنا.

وفي الأصل: وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا خيار لصاحب الثوب، والخياط ضامن قيمة ثوبه، بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: أراد بالقباء القرطق الذي هو ذو طاق واحد، فإن هذا القباء يشبه القميص، فإن بعض الناس يستعملونه استعمال القميص، فكان موافقًا من وجه، مخالفًا من وجه، فإن شاء رضي به باعتبار جهة الموافقة، وإن شاء تركه باعتبار جهة المخالفة إلا أن في الكتاب أطلق القباء إطلاقًا، فيدل على أن الحكم في الكل واحد.

وجه ما روى الحسن رحمه الله: أن الخياط مخالف من كل وجه؛ لأنه ضد في جنس ما أمر به، فإنه أمره بخياطة القميص، وهو قد خاط القباء، والقباء ليس من جنس القميص، فكان مخالفًا من كل وجه، فيكون غاصبًا من كل وجه، وحكم الغاصب من كل وجه أنه متى قطع ثوب غيره وخاطه يملكه بالضمان، ولا يبقى لصاحب الثوب الخيار.

(١) وكذا في الأصل، وم، وت.

فكذلك هذا.

وجه ظاهر الرواية: هو أن الخياط فيما صنع موافق من وجه، مخالف من وجه، فيتخير، كما لو خالف في خياطة القميص من حيث الطول والقصر، إلا أن عبارة مشايخنا اختلفت في إثبات الموافقة من وجه، والمخالفة من وجه.

منهم من يقول: إن خياطة القباء يشبه خياطة القميص من وجه من حيث الدخاريص والكمين إن كان يخالف خياطة القميص فيما عدا ذلك، وإذا كان يوافق خياطة القميص من وجه، ويخالف من وجه، كان موافقًا من وجه، مخالفًا من وجه، فيتخير فيما تقدم ذكره من المسائل، ومنهم من يقول: في إثبات المخالفة والموافقة من وجه، صاحب الثوب أمره بإدخال الخيوط في ثوبه بخياطة القميص، وهذا أدخل الخيوط في ثوب بخياطة القباء، فكان مخالفًا من وجه موافقًا من وجه، والموافقة وإن قلت يجب إثبات الخيار، حتى لا يلغو اعتبار الإذن والموافقة من وجه، بخلاف ما لو غصب ثوبًا، فقطع وخاط قباء؛ لأن مخالف في القطع، وفي إدخال الخيوط في ثوب، فكان مخالفًا من كل وجه، بخلاف ما نحن فيه.

ومنهم من يقول: إنه موافق في الخياطة، فإن الخيوط الذي استعملها فيه داخل تحت الإذن، وإنما حصل الخلاف في نفس القطع، والغاصب إذا قطع الثوب ولم يخطه، لم يمنع صاحبه من أخذه، فكذلك هذا لا يمنع رب الثوب من أخذه، بخلاف الغاصب، فإن مخالف في القطع والخياطة، فكان مخالفًا من كل وجه، وقد استهلك الثوب، وأحدث صنعة متقومة بغير أمره، فهو معنى قولنا: إن موافق من وجه، مخالف من وجه، وإذا كان موافقًا من وجه، مخالفًا من وجه، كان لصاحب الثوب الخيار، إن شاء ترك القباء عليه، وضمنه قيمة ثوبه، ولا أجر له، وإن شاء أخذ القباء، وأعطاه أجر مثل عمله، ولا يجاوز به ما سمى.

وهذا على قول من يقول: بأنه يعطيه أجر المثل متى خالف من وجه؛ لأن العقد يفسد بالخلاف من وجه ظاهر، وعلى قول من يقول: يعطيه المسمى إذا رضي بالعيب يقول ما ذكر في الكتاب محمول على ما إذا اختار أخذ القباء، ولم يرض بالعيب، وله أن يأخذ القباء، ولا يرضى بالعيب، ومتى كانت الحالة هذه، فإنه يعطيه أجر المثل، فأما إذا

نقص عن القدر؛ فلأنه لو استعمل الغزل في جميع ما أمر به كان يحصل الثوب أرق، وبسبب النقصان في الذرع يصير الثوب أصفق، والصفاقة والرقة مقصودة في الثياب، فصح قولنا أنه موافق في أصل العمل، مخالف في الصفة، فيتخير صاحب الثوب، إن شاء مال إلى الخلاف، وجعله عاملاً بغير عقد، وترك الثوب عليه، وضمن غزله، وإن شاء مال إلى الوفاق، وأخذ الثوب، وأعطاه الأجر.

ولم يذكر محمد رحمه الله أنه يعطيه المسمّى أو أجر المثل، وقد اختلف فيه المشايخ رحمهم الله، قال بعضهم: بأنه يعطيه أجر المثل على كل حال لا يجاوز به المسمى إن كان أجر مثله أكثر، وإن كان أقل من المسمى يعطى ذلك.

وقال بعضهم: يعطيه المسمّى إذا أخذ الثوب، ورضي بالعيب، وإذا أخذ الثوب، ولم يرض بالعيب، فإنه يعطيه أجر المثل، لا يجاوز به ما سمّى، وإلى هذا ذهب أبو بكر الأعمش ومحمد بن سلمة رحمهما الله.

وجه من قال بأنه يعطيه أجر المثل: أن الحائك مخالف من وجه موافق من وجه، باعتبار أصل العمل موافق، وباعتبار الصفة مخالف، والصفة في الغائب معتبرة؛ لأن الغائب بالصفة تعرف، ولو كان مخالفاً من كل وجه بأن كان الخلاف في الجنس، لا في الصفة، كان العمل مغيراً عن العقد، ولو كان موافقاً من كل وجه في حق أصل العمل والصفة جميعاً، كان العمل واقعاً بجهة العقد، فإذا كان مخالفاً من وجه موافقاً من وجه، فكان العقد قائماً من وجه فائتاً من وجه، والعقد إذا كان قائماً من وجه، غير قائم من وجه، فإنه يجعل عقداً فاسداً، كما قلنا: في بيع المقايضة إذا هلك أحد العوضين قبل القبض، فإن البيع يفسد؛ لأن البيع على القائم قائم من وجه، منفسخ من وجه، فحكم بفساده على ما عرف في موضعه، فكذلك ههنا كان العقد قائماً من وجه غير قائم من وجه فحكم بفساد الإجارة، والمستحق في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا ينقص عن المسمّى، ولا يجاوز به المسمّى.

وإذا وجب أجر المثل على قول هذا القائل، فإن كان الخلاف من حيث الزيادة في القدر، فإنه يعتبر أجر مثل العمل المأمور به، وهو سبعة أذرع في أربعة لا أجر مثل العمل الذي أتى به وهو ثمانية أذرع في أربعة؛ لأن الزيادة على السبع حصل بغير عقد، فلا يجب بزيادة

أجر بسبب تلك الزيادة، ولكن لا يجاوز به المسمّى، كما في سائر الإجارات الفاسدة؛ وإن كان الخلاف من حيث النقصان في القدر، فإنه يعطيه أجر مثل ما عمل مقدرًا بحصته من المسمّى؛ لأن بعض المسمّى قد سقط؛ لأنه لم يعمل بعض العمل، ولم يأت بالبعض، فيسقط حصة ما لم يعمل من المسمّى، ويبقى بعض المسمّى، فينظر إلى أجر مثل عمله فيما عمل، فإن كان أقل، أو مثل حصة الباقي من المسمّى، فإنه يعطيه ذلك، وإن كان زيادة يعطيه قدر حصته من المسمّى، ولا يجاوز به، وإن كان الخلاف من حيث الصفة إن كان من حيث الزيادة، فإنه يعطيه أجر مثل عمله بقدر العمل المأمور به، ولا يعتبر الزيادة؛ لأن الزيادة حصلت بغير عقد، فإن كان ذلك مثل المسمّى يعطي ذلك، وإن كان أكثر من ذلك لا يجاوز المسمّى، وإن كان من حيث النقصان، فإنه يعطيه أجر مثل عمله مقدرًا بجميع المسمّى، لا ينقص المسمّى، بخلاف ما إذا كان النقصان من حيث القدر، فإنه يقدر أجر المثل بنقص المسمّى، وذلك لأن النقصان متى حصل من حيث القدر، فقد سقط بعض المسمّى، وهو البعض، فيعتبر أجر مثل الباقي. فأما إذا كان النقصان من حيث الصفة، فإنما سقط شيء من المسمّى؛ لأنه لا حصة للأوصاف من المسمّى، فيكون جميع المسمّى على حاله، فيعتبر أجر المثل به إن كان مثله، أو أقل، فإنه يعطيه ذلك، وإن كان أكثر لا يجاوز به المسمّى.

وأما من قال: بأنه يعطيه المسمّى متى رضي بأخذ الثوب معيبًا، وإن لم يرض بالعيب، وأخذ الثوب، فإنه يعطيه أجر المثل، ذهب في ذلك إلى أن الأمر، كما قاله الأولون: إن هذا مخالف من وجه، موافق من وجه، فيكون العقد قائمًا من وجه، وليس بقائم من وجه، إلا أنه في مثل هذا الموضع إنما يحكم بفساد العقد متى تعذر العمل بهما في الحالين، كما في مسألة بيع المقايضة، فجعلنا بيعًا فاسدًا عملًا بالأمرين من الوجه الذي قلتم.

فأما إذا أمكن العمل بهما في الحالين، فإنه لا يجعل العقد فاسدًا، وقد أمكننا العمل في الحالين، بأن يعتبر الوفاق متى اختار أخذ الثوب، ورضي بالعيب، ويجعل العقد جائزًا في هذه الحالة، ويعطيه المسمّى، ويعتبر الخلاف متى اختار أخذ الثوب، ولم يرض بالعيب، ويوجب عليه أجر المثل؛ لأنه لم يوجد من الخياط ما يوجب زوال ملك صاحب الغزل عن الثوب؛ لأن أصل العمل حصل بإذن صاحب الغزل، إلا أن فيه عيبًا،

وله أن لا يرضى بالعيب، ولا شوفر حق صاحب الغزل في العيب إلا بأن يعطيه أجر مثله عمله، ويحطّه[١] أجر مثل عمله، عملا بالخلاف.

ولأنه متى رضي بالعيب سقط اعتبار العيب حكمًا، وصار كأن أتى بالمأمور به، فلزمه المسمّى إلا في النقصان، وإذا لم يرض بالعيب، لم يسقط اعتباره، فكان موافقًا من وجه، مخالفًا من وجه، فوجب أجر المثل.

ثم على قول هذا القائل إذا وجب اعتبار المسمّى، إن كان الخلاف من حيث القدر إن كان إلى زيادة يجب المسمّى لا غير، ولا يجب بسبب الزيادة شيء، وإن كان إلى نقصان، ينقص عن المسمّى بحصة ما نقص من العمل، وإن كان الخلاف من حيث الوصف، إن كان إلى زيادة يجب المسمّى، ولا يجب بسبب الزيادة شيء، وإن كان إلى نقصان يجب جميع المسمّى، إذ لفائت وصف، والأجر لا يقابل الأوصاف.

١٤٠٢٠ - قال: وإذا دفع إلى الخيّاط ثوبًا، وقال: انظر إلى هذا الثوب، فإن كفاني قميصًا فاقطعه، وخطه بدرهم، فقال: نعم، ثم قطعه، قال بعد ما قطعه: إنه لا يكفيك، فالخيّاط ضامن قيمة الثوب، وإنما كان كذلك؛ لأن القطع حصل بغير إذن صاحب الثوب؛ لأن الإذن بالقطع معلق بشرط الكفاية؛ لأنه ذكر الشرط بحرف التعليق، والمعلق بالشرط عدمٌ قبل الشرط، فهو معنى قولنا: القطع حصل بغير إذن صاحب الثوب.

ولو كان قال للخيّاط: انظر إلى هذا الثوب، أيكفيني قميصًا، فقال: نعم، فقال له: اقطع، فقطعه، فإذا هو لا يكفيه قميصًا، لا ضمان عليه؛ لأن القطع ههنا حصل بإذن المالك؛ لأن الإذن بالقطع ههنا مطلق لا تعليق فيه؛ لأنه لم يذكر حرف التعليق، فبقي الإذن منفصلا عن أول الكلام.

ألا ترى أن من قال لامرأته: إن دخلت الدار أنت طالق، يقع الطلاق في الحال، ولو قال: فأنت طالق، لا يقع إلا بعد الدخول، ومن افترقا إلا بالفاء.

ولو قال: انظر إلى هذا الثوب أيكفيني قميصًا، فقال: نعم، فقال صاحب الثوب: فاقطعه، أو قال: اقطع إذًا، فلما قطعه إذ لا يكفيه، لا ذكر لهذه المسألة في الكتب.

---

(١) وفي ب: فيجبر.

فهلكت الدابة في يد الأجير، إن كان المستأجر استأجرها ليركب بنفسه يضمن، وإن لم يسمّ الراكب، فلا ضمان عليه، والمعنى ما ذكرنا.

وفيه أيضًا: استأجر حمارًا ليحمل عليه إلى المدينة، فحمل وساقه في طريق المدينة، ثم تخلف بحاجة بول أو غائط، أو حديث من غيره، فذهب الحمار قبله، وعطب، فإن لم يبعد عنه الحمار، ولم يتوار عنه، فلا ضمان، وإن توارى عن فهو ضامن؛ لأنه مضيّع.

وفي "فتاوى الأصل": مستأجر الحمار إذا أوقف الحمار، وصلّى الفجر، فذهب الحمار، أو انتهب، فإن رآ ينتهب، أو يذهب، فلم يقطع الصلاة ضمن؛ لأنه ترك الحفظ الواجب مع القدرة عليه؛ لأن خوف فوات المال مبيح قطع الصلاة.

وفيه أيضًا: وسئل أبو بكر رحمه الله عمّن أمر رجلا أن يستكري له حمارًا، ويذهب إلى مكان كذا على أن يوفيه الآمر الأجرة، ففعل المأمور ذلك، وأدخله رباطًا، فهجم عليه اللصوص في ذلك الرباط، واستولوا على الحمار، قال: فإن كان الرباط على الطريق الذي كان مر المستأجر عليه، فلا ضمان، وعليه الأجر إن كان فرغ من استعماله؛ لأنه لم يخالف.

١٤٠٢٥- رجل استأجر رجلا، ودفع إليه حمارًا ليذهب إلى بلد كذا، ويشتري له شيئًا، فذهب المأمور، وأخذ السلطان حمر القافلة، فذهب بعض أصحاب الحُمر في طلب الحُمر، ولم يذهب البعض، وهذا الأجير لم يذهب أيضًا، قال: إن كان الذين ذهبوا في طلب الدواب منهم من وجد دابته، ومنهم من لم يجد دابته، ولا يلام على من لم يذهب في ترك الذهاب بسبب ما لزم من ذهب من الشدة والمشقة، فلا ضمان.

وفي "فتاوى الأصل" أيضًا: رجل استأجر من آخر حمارًا ليذهب به إلى موضع معلوم، فأخبر أن في الطريق لصوصًا، فلم يلتفت إلى ذلك الخبر، فذهب وأخذه اللصوص، وذهبوا بالحمار.

قال الفقيه أبو بكر رحمه الله: إن كان الناس يسلكون ذلك الطريق مع هذا الخبر بدوابهم وأموالهم، فلا ضمان، وإلا فهو ضامن؛ لأنه في الفصل الأول ليس بمضيع، وفي الفصل الثاني مضيّع.

١٤٠٢٦ – سئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله عن جماعة آجر كل واحد منهم حماره رجلاً، وأمروا رجلاً يذهب معه ليأخذ هذه الدواب(١)، فإن لم يحرزها، فذهب معه، فقال له المستأجر: قف ههنا حتى أذهب أنا بحمار واحد، وأحمل الحوائج، فذهب بالحمار، ولم يقدر عليه، فلا ضمان على الجماعة؛ لأنهم أمروه بحفظها، فإن في يد الغير، وهو المستأجر، فلا يلزمه العهدة.

١٤٠٢٧ – ومن هذا الجنس في فتاوى النسفي: رجل استكرى دابة من القرية إلى المصر، فبعث صاحب الدابة رجلاً مع المستكري، فاشتغل المبعوث في الطريق بأمر، وذهب المستكري وحده، وضاع الحمار من يده، فلا ضمان على الرجل المبعوث؛ لأن صاحب الدابة ما سلم الدابة إليه، ولأنه ما ضيع الدابة إنما تركها في يد المستكري الذي هو أمين صاحب الدابة، وأن لا يوجب الضمان.

وفي فتاوى الفضلي: اكترى رجل حماراً من بلدة كسرة إلى بخارى، فبقي الحمار في الطريق، وصاحب الحمار ببخارى، فأمر المستكري رجلاً أن ينفق على الحمار في علفه كل يوم مقداراً معلوماً، وقاطعه أجرته إلى أن يقبض صاحب الحمار حماره، فاستأجر الأجير الحمار أيضاً، وأنفق عليه في علفه، ثم هلكت الدابة في يد الأجير، ففي المسألة حكمان: حكم النفقة وحكم الضمان.

أما حكم النفقة فقد مر قبل، وأما حكم الضمان فإن كان المستكري اكترى لركوبه فهو ضامن قيمة الحمار؛ لأنه إذا اكترى لركوبه، فليس له أن يودع على ما مر قبل هذا، وإن كان اكتراه للركوب، ولم يسم الراكب، فلا ضمان عليه؛ لأن له أن يودع في هذه الصورة.

١٤٠٢٨ – وفيه أيضاً: وإذا دفع الرجل فرسه إلى رجل ليذهب به إلى قرية، ويوصل إلى ولده، فذهب به، وسار مرحلة ثم إنه سيب الفرس في رباط، ومضى بوجهه، فجاء رجل من أهل تلك القرية، فمر على الرباط فعرف الفرس، فاستأجر رجلاً ليذهب به إلى تلك القرية، فذهب الأجير بالفرس، فهلك الفرس في الطريق، فضمان الفرس على من يجب؟ قال: لا شك أن الأول ضامن بتسييبه.

---

(١) وكان في الأصل: بجمعه الدواب، وهو خطأ بمخالفة المعرفة.

وأما مستأجر الأجير الذي ذهب بالفرس إلى منزله إن كان لم يأخذ الفرس، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يثبت يده على الفرس، وإن أخذه، ثم دفعه إلى الأجير، فإن أشهد أنه إنما أخذه ليرده على صاحبه، وكان الأجير من في عياله، لا ضمان أيضاً؛ لأن الملتقط بالإشهاد يصير أميناً، وللأمين أن يدفع الأمانة إلى من في عياله، ويحفظه بيده، وإن ترك الإشهاد، أو أشهد لكن الأجير لم يكن في عياله، ضمن؛ لأنه صار غاصباً بالأخذ من غير إشهاد، أو صار ضامناً بالدفع إلى من ليس في عياله.

وأما الأجير فهو ضامن على كل حال؛ لأنه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه، لا على وجه الحسبة، هكذا ذكره، وهذا الجواب في حق الأجير مشكل إذا كان المستأجر أشهد على أنه أخذه ليرده على المالك، والأجير في عيال المستأجر، وإن[1] سلم الفرس في ذلك الرباط إلى ابن أخ صاحب الفرس، لا يبرأ عن الضمان، وإذا ضمن الأجير لا يرجع بما ضمن على المستأجر، بخلاف المودع والمستأجر، فإنما يرجعان بما ضمنا على المودع والمؤاجر؛ لأنهما يمسكان العين لصاحب العين.

أما المودع فظاهر، وأما المستأجر، فلأن صاحب العين يستحق عليه الأجرة بهذا الإمساك، وإنما عين والمستأجر يستحق المنفعة، والعين غير من المنفعة، فكانا عاملين لصاحب العين في إمساك العين، فيرجعان بما لحقهما من الضمان على صاحب العين.

فأما الأجير فإنما يمسك العين لنفسه؛ لأنه بهذا الإمساك[2] يستحق الأجر على الغير بمقابلة منفعة نفسه، فكان في هذا الإمساك عاملاً لنفسه، فلا يرجع بما لحقه من الغرم على غيره.

١٤٠٢٩- وفي «فتاوى أبي الليث رحمه الله»: رجل استأجر حماراً لينقل التراب من خربة، فأخذ في النقل، فانهدمت الخربة، وهلك الحمار، فإن انهدمت من معالجة المستأجر، ضمن قيمة الحمار؛ لأن الحمار تلف بصنعه، وإن انهدمت من غير معالجة المستأجر، بل لرخاوة فيها، ولم يعلم المستأجر به، فلا ضمان؛ لأنه لم يتلف بصنعه، ولا قصر في حفظه.

---

(١) وكان في الأصل: «وإنما سلم».

(٢) وفي ظ: «لأن بهذا الإمساك عامل لنفسه يستحق الأجر... إلخ».

١٤٠٣٠ - وفيه أيضاً: اكترى حماراً ليحمل عليه الشوك، فدخل في سكة فيها نهر، فبلغ موضعاً ضيقاً، فضرب الحمار، فوقع الحمار في النهر مع الحمل، فاشتغل المستأجر بقطع الحمل، فهلك الحمار، إن كان المكان بحال لا يسع[1] مثل ذلك الحمار، فهو ضامن؛ لأنه عرض الحمار للتلف، وإن كان الحمار يسع في ذلك الموضع مع الحمل إن عنف في الضرب حتى وثب الحمار بضربه، يصير ضامناً أيضاً، لما ذكرنا، وإن وقع لا من ضربه، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يتلفه لا مباشرة ولا تسبباً.

وفيه أيضاً: استأجر حماراً لينقل عليه الحطب من الكرم، وكان ينقل عليه الحطب، ويوقر، كما يوقر مثله، فصدم الحمار على حائط، ووقع في النهر وهلك، إن لم يعنف عليه في السوق، بل ساق مثل ما يسوق الناس مثل ذلك الحمار في مثل ذلك الطريق، فلا ضمان؛ لأنه ما تلف بفعله، وإن كان بخلافه، فهو ضامن.

١٤٠٣١ - رجل استأجر حماراً، وقبضه، فأرسل في كرم وتركه، فسرقت بردعته، فأصابه البرد، فمرض فرده على صاحبه، فمات من ذلك المرض، إن كان الكرم حصيناً، والبرد بحال لا يضر بالحمار لو كان عليه البردعة، لا ضمان عليه؛ لأنه لم يقصّر في حفظهما؛ لأنهما محفوظان، البردعة محفوظة عن السارق بحصن الكرم، والحمار محفوظ عن البرد ببردعته، وإن كان الكرم غير حصين[2]، والبرد بحال يضر بالحمار مع البردعة، ضمن قيمتهما

أما ضمان البردعة فبتضييعه، وتركه الحفظ الواجب عليه، وأما ضمان الحمار؛ لأن إرساله في برد مهلك بمنزلة إلقائه في النار، وذلك استهلاك، فلا يبرأ بالرد إلى المالك عن شيء من ضمانه، كما لو جرح المغصوب، ثم رد إلى المالك، فمات من ذلك، بخلاف ضمان الغصب، وإن كان البرد بحال يضر بالحمار مع البردعة، والكرم حصين، فعليه قيمة الحمار دون البردعة؛ لأنه أتلف الحمار دون البردعة.

ولو كان الكرم غير حصين، وكان البرد بحال لا يخاف التلف مع بردعته، فهو ضامن للقيمة البردعة، وعليه نقصان الحمار وقت الرد على صاحبه؛ لأنه بمنزلة الغاصب

(١) هكذا في م، وفي نسخة ط: وكان في الأصل وف وفي نسخة ط: "لا يسير".

(٢) وفي ف، م: "حصن".

الحمار حتى أصابه في الكرم، فإذا سلمه إلى صاحبه، برئ من الضمان بقدر ما رد، ويقرر عليه ضمان النقصان بموت الحمار.

١٤٠٣٢ - زرع بين ثلاثة نفر بالشركة، حصدوها، فاستأجر واحد منهم حمارًا لينقل عليه حزم البر، فدفع الحمار إلى الشريك لينقل الحزم، فعطب الحمار، وكانت معاملتهم أنه يستأجر أحدهم البقر أو الحمار، ويستعمله هو وشريكه، لا ضمان عليه؛ لأن المعروف كالمشروط، ولو شرط أن يستعمله شريكه لا يضمن، فكذا إذا كان المعروف بينهم ذلك.

قد ذكرنا قبل هذا أن الرجل إذا استقرض من دراهم، وسلم إلى المقرض حماره ليمسكه، ويستعمله حتى يوفي له دراهمه، فالحمار عنده بمنزلة المستأجر إجارة فاسدة، فإذا سلمه[1] المقرض إلى بقار، فعقره الذئب، فالمقرض ضامن قيمة الحمار؛ لأن من استأجر حمارًا أو ثورًا ليس له أن يبعث إلى المسرح [illegible]، وإذا فعل كان مخالفًا فيضمن.

١٤٠٣٣ - استأجر قبانًا ليزن به حملًا، وكان في عموده، والقبان عيب لم يعلم به المستأجر، فوزن به، وانكسر، فإن كان مثل ذلك الحمل يوزن بمثل ذلك القبان مع العيب، فلا ضمان؛ لأنه لم يوجد من سبب التلف، وإن كان بخلافه، فهو ضامن، هكذا في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله، وينبغي أن يقال: إذا لم يعلم الآجر المستأجر بأن به عيبًا، فقد أذن له أن يزن به القدر الذي يوزن به بدون ذلك العيب، وإذا وزن ذلك القدر لا يجب الضمان عليه.

١٤٠٣٤ - استأجر قدرًا، فلما فرغ حملها على حمار ليردها على الآجر، فزلق رجل الحمار وانكسر القدر، فإن كان الحمار يطيق حمل تلك القدر، فلا ضمان عليه؛ لأن رد القدر وإن كان على الآجر، إلا أن العادة جرت فيما بين الناس أن يحمله المستأجر إلى الآجر، إما من طريق المروءة[2]، وربما خوفًا من أن يلحقه بسببه ضمان، والمعروف كالمشروط، ولأن الآجر راض بهذا، إذ فيه دلالة، فلا يضمن المستأجر، وإن كان

(1) وفي الأصل: [illegible]

(2) هكذا في ظ و ب، وكان في الأصل و م: مودة

الحمار لا يطيق حمل تلك القدر، فهو ضامن؛ لأنه سبب تلفها.

١٤٠٣٥- إذا استأجر فأسًا، واستأجر أجيرًا يعمل له، فدفع إليه الفأس، فذهب الأجير بالفأس، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، بعضهم قالوا: المستأجر ضامن[1]؛ لأنه صار مخالفًا بالدفع إليه.

وبعضهم قالوا: إن كان استأجر الأجير أولاً، فلا ضمان، وإن كان استأجر الفأس أولاً، فهو ضامن، هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند رحمهم الله، وينبغي أن يقال: إن كان الناس يتفاوتون في استعمال الفأس، فلابد لصحة الإجارة من تعيين مستعمل الفأس، كما لو استأجر دابة للركوب، يشترط لصحة الإجارة تعيين الراكب؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب، فإذا عيّن نفسه حتى صحت الإجارة يصير مخالفًا بالدفع إلى الأجير، وإذا لم يعين المستعمل حتى فسد العقد، فإن استعمل الفأس أولاً بنفسه، ثم دفعه إلى الأجير، يضمن عند بعض المشايخ رحمهم الله إذا لم يبين؛ لأنه تعين مستعملاً، وصار كأنه عيّن نفسه عند العقد، فيضمن بالدفع إلى الأجير، وإن دفعه إلى الأجير قبل أن يستعمله نفسه، فهو ليس بضامن.

وإن استعمله المستأجر بعد ذلك بنفسه، هل يضمن؟ يجب أن يكون في المسألة اختلاف المشايخ رحمهم الله، كما في العارية، فإن من استعار دابة للركوب، ولم يعيّن نفسه، أو استعار ثوبًا للبس، ولم يعيّن نفسه، فركب بنفسه، أو لبس بنفسه، فليس له أن يعير بعد ذلك من غيره، ولو فعل فقد اختلف المشايخ رحمهم الله في تضمينه، وكذلك لو ألبس غيره أولاً، أو أركب غيره أولاً، فليس له أن يلبس، أو يركب بنفسه بعد ذلك، ولو فعل، ففي تضمينه اختلاف المشايخ رحمهم الله، فهنا يجب أن يكون كذلك.

وإن كان الناس لا يتفاوتون في استعمال الفأس، فالإجارة صحيحة، عيّن مستعملاً أو لم يعيّن، ولا ضمان على المستأجر إذا دفعها إلى الأجير، سواء دفعها إليه قبل أن يستعملها بنفسه أو بعد ما استعملها بنفسه.

١٤٠٣٦- وفيه أيضًا: استأجر من رجل مرًّا ليعمل في الطريق، ثم صرف وجهه من

(١) وكان في الأصل: المستأجر ضامن، كذا في فتاوى؛ لأنه صار ... إلخ.

الطريق، يدعها أجيره له ولم يبرح عن مكانه ذلك، ثم نظر إلى الأرض فإذا [هو][1] قد ذهب به، قال: إن كان تحويل وجهه لم يطل حتى لا يسمى به مضيعًا للحمل، لا ضمان عليه، والقول في ذلك قوله مع يمينه إن كذبه الأجير، وإن طال التضييع فهو ضامن - والله أعلم بالصواب.

(١) هكذا في الأصل.

## الفصل الثامن والعشرون
## في بيان حكم الأجير الخاص والمشترك

هذا الفصل يشتمل على أنواع أيضاً

### الأول: في بيان الحد الفاصل بين الأجير المشترك والخاص وبيان أحكامهما:

قال - رحمه الله تعالى -: اختلفت عبارة المشايخ رحمهم الله في الحد الفاصل بينهما، فبعضهم قالوا: الأجير المشترك من يستحق الأجر بالعمل، لا بتسليم نفسه للعمل، والأجير الخاص من يستحق الأجر بتسليم النفس، وبمضي المدة، ولا يشترط العمل في حق استحقاق الأجر، وبعضهم قالوا: الأجير المشترك من يتقبل العمل من غير واحد، والأجير الخاص من يتقبل العمل من واحد، وإنما يعرف استحقاق الأجر بالعمل على العبارة الأولى بوقوع العقد على العمل.

١٤٠٣٧ - كما إذا استأجر خياطاً ليخيط له هذا الثوب بدرهم، أو استأجر قصاراً ليقصر له هذا الثوب بدرهم، وإنما يعرف استحقاق الأجر بتسليم النفس، وبمضي المدة بإيقاع العقد على المدة، كما لو استأجر إنساناً شهراً ليخدمه، والإجارة على العمل إذا كان معلوماً صحيح بدون بيان المدة، والإجارة على المدة لا تصح إلا ببيان نوع العمل.

وإذا جمع بين العمل وبين المدة، وذكر العمل أولاً، نحو أن يستأجر راعياً مثلاً ليرعى له غنماً مسماة بدرهم شهراً، يصير هو أجيراً مشتركاً؛ لأنه جعله أجيراً مشتركاً بأول الكلام؛ لأنه أوقع العقد على العمل في أول كلامه، وقوله شهراً في آخر كلامه يحتمل أن يكون لإيقاع العقد على المدة فيصير أجيراً خاصاً، ويحتمل أن يكون لتقدير العمل الذي أوقع العقد عليه، فيصير كأنه في تقديره، ولا يمكن تقديره إلا ببيان المدة في هذه الصورة، فلا يتغير أول الكلام بالاحتمال، إلا إذا صرح في آخر كلامه بما هو حكم أجير

أوحداً، بأن قال: على أن لا ترعى غنم غيري مع غنمي؛ لأنه صرّح بجعله أجير وحد، وبيّن أنه ذكر المدة لإيقاع العقد على المنفعة لا لتقدير العمل المذكور في أول التسمية، وإن كان صريحاً في جعله أجير وحد تغير أول الكلام به، وصار أجير وحد.

وإذا ذكر المدة أولاً، نحو أن يستأجر راعياً شهراً ليرعى له غنماً مسماة بدرهم، يعتبر هو أجير وحد؛ لأنه جعله أجير وحد بأول الكلام؛ لأنه أوقع العقد على المدة في أول الكلام.

وقوله: ليرعى هذه الأغنام، محتمل بين أن يكون لإيقاع العقد على العمل، فيصير أجيراً مشتركاً، وبين أن يكون لبيان نوع العمل الذي يستحق على الأجير في المدة، فإن الإجارة على المدة لا تصح ما لم يبين نوع العمل، فيقول: استأجرتك شهراً للخدمة، أو للرعي، أو للحصاد؛ لأن أنواع العمل متفاوتة، وإذا كان كذلك لا يتغير حكم أول الكلام بالاحتمال، فيبقى أجير وحد، إلا إذا نص في آخر كلامه بما هو حكم الأجير المشترك، فيقول: وترعى غنم غيري مع غنمي، فيكون تصريحاً منه أنه جعله أجيراً مشتركاً، فيتغير به أول الكلام، ويصير أجيراً مشتركاً من هذا الوجه.

إذا عرفت الحد الفاصل بين الأجير الخاص وبين الأجير المشترك، فنقول: من حكم الأجير الخاص أن ما هلك على يده من غير صنعه، فلا ضمان عليه بالإجماع، وكذلك ما هلك من عمله المأذون فيه، فلا ضمان عليه بالإجماع، ومن حكم الأجير المشترك أن ما هلك في يده من غير صنعه، فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله، وهو قول زفر والحسن رحمهما الله، وإنه قياس، سواء هلك بأمر يمكن التحرز عنه، كالسرقة والغصب، أو بأمر لا يمكن التحرز عنه، كالحريق الغالب والغارة الغالبة والمكابرة.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن هلك بأمر يمكن التحرز عنه، فهو ضامن، وإن هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه فلا ضمان، وما هلك في يده بعمله كالقصار إذا دق الثوب فتخرق، أو القصار في النورة فاحترق، أو الملاح إذا غرقت السفينة من مده، والحمال إذا تعثر فهو ضامن عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله؛ لأن الهلاك حصل من عمل غير مأذون فيه؛ لأن الهلاك حصل من دق مخرق، والدق المخرق غير مأذون فيه،

إلا بالتخلية، كما في بيع العين، وإنما شرطنا أن يكون المضمون بحال يجوز أن يضمن بالعقد؛ لما ذكرنا أن ما يجب على الأجير المشترك من الضمان بجناية يده إذا لم يتعمد، ولم يخالف ضمان عقد، وإنما يضمن بالعقد ماله أثر في إيجابه وهو المال. فأما المضمون إذا كان شيئًا لا يضمن بالعقد بحال كالدم، فإن لا يجب الضمان فيه على الأجير، وإنما شرطنا أن يكون في وسع الأجير دفع ذلك الفساد؛ لأن العقد إنما ينعقد على ما في وسع الأجير لا على ما ليس في وسعه - والله أعلم - .

## نوع آخر

## في الحمال ومكاري الدابة والسفينة:

١٤٠٣٩ - قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» في رجل استأجر حمالا ليحمل له دنًا من الفرات إلى مكان معلوم بأجر معلوم، فوقع الحمّال في بعض الطريق، وانكسر الدنّ، فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله، ولا أجر له، وإن شاء ضمنه في المكان الذي انكسر، وأعطاه من الأجر بحساب ذلك، وهذا مذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله؛ لأن الحمّال أجير مشترك هلك العين في يده بزلقه وعثاره، والتحرز عن ممكن في الجملة، فيجب عليه الضمان عندنا للأمرّ، والمستأجر بالخيار على نحو ما بيّنا؛ لأن الحمال موافق من وجه، فإن أمر بالحمل، وقد حمل مخالف من وجه؛ لأنه أمره بالحمل على وجه يصير الدنّ محمولا إلى مكان معين، ولم يأت بذلك الحمل، فإن شاء مال إلى جهة الخلاف، وضمنه في المكان الذي حمل، ولا أجر له؛ لأنه لم يسلم العمل، وإن شاء مال إلى جهة الوفاق، وضمنه في المكان الذي انكسر، وأعطاه من الأجر بحساب ذلك.

وفي هذه المسألة إشكالان. أحدهما: أنه قال له أن يضمنه قيمته في المكان الذي حمل، ولم يوجد منه سبب ضمان في ذلك المكان، والثاني: أنه قال: إذا ضمنه قيمته في المكان الذي انكسر أعطا الأجر بحسابه، جمع بين الأجر والضمان، والأجر مع الضمان لا يجتمعان على مذهبنا.

والجواب عن الإشكال الأول: لا، بل وجد سبب الضمان في ذلك المكان، وهذا

لأن سبب الضمان وإن كان هو من عمله ذلك حالة الانكسار، إلا أن الفساد الحاصل من عمله استند إلى حالة العقد؛ لأن الانكسار من عمله إنما أوجب الضمان باعتبار العقد، فإن بدون عقد الإجارة الأجير يكون متبرعًا في الحمل، ولا ضمان على المتبرع، وما كان وجوب الضمان باعتبار العقد، كان سبب وجوب الضمان العقد من حيث الاعتبار، والحكم مضاف إلى السبب، فقد وجد سبب الضمان من حيث الاعتبار في مكان الحمل، ومن حيث الحقيقة وجد سبب الضمان في المكان الذي انكسر من عمله، فلهذا يخيّر.

والجواب عن الإشكال الثاني: الأجر مع الضمان إنما لا يجتمعان عندنا في حالة واحدة، وقد اختلفت الحالة هنا، بيانه أنه إذا ضمنه قيمته في المكان الذي انكسر، فقد جعل المتاع أمانة عنده من حيث حمل إلى المكان الذي انكسر، والأجر يجب له في حالة الأمانة، وإنما صار مضمونًا عند الكسر، وهذه حالة أخرى بعد انقضاء حالة الأمانة، ومثل هذا جائز.

ألا ترى أنه لو حمل المتاع إلى ذلك المكان المعيّن، ثم أحرق أو طرحه، فإنه يضمن قيمته في ذلك المكان الذي أحرقه أو طرحه، ولا يبطل الأجر؛ لأن الأجر واجب في حالة الأمانة، وهذه حالة أخرى، فلم يجتمع الأجر والضمان إذًا

ومن وجه آخر: أن الأجر مع الضمان إنما لا يجتمعان؛ لأن بالضمان يصير المضمون ملكًا للأجير، فتبين أنه عمل في ملك نفسه، وهذا المعنى لا يتأتى ههنا؛ لأنه إذا ضمنه في المكان الذي انكسر، فإنما يملكه الحمال في المكان الذي انكسر، فيبقى حاملاً إلى هذا المكان ملك الغير، فيستحق الأجر، وصار كما لو استهلك المتاع بعد ما سلّمه إلى المالك.

هذا إذا انكسر في وسط الطريق، فأما إذا سقط من رأسه، أو زلق رجله بعد ما انتهى إلى المكان المشروط، وانكسر، فله الأجر، ولا ضمان عليه.

حكي عن القاضي صاعد النيسابوري رحمه الله هكذا؛ لأنه حين انتهى إلى المكان المشروط، لم يبق الحمل مضمونًا عليه؛ لأنه استوجب جميع الأجر، وصار الحمل مسلّمًا إلى صاحب المتاع، حتى لا يستحق بالحبس، والمتولد من عمل غير مضمون لا

وفي وسع الأجير دفع ذلك ، وإن كان صاحب المتاع في السفينة أو وكيله ، وعرقت السفينة من مده ومعالجته ، فلا ضمان عليه إلا أن يخالف ؛ لأن محل العمل غير مسلم إليه إذا كان صاحب الطعام في السفينة ، وكان بمنزلة ما لو عثرت الدابة المستأجرة من سوق أجير المشترك ، فسقط الحمل ، ففسد ، وصاحب المتاع راكب على الدابة ، فإنه لا يضمن الأجير ؛ لأنه لم يخل بينه وبين المتاع ، فكذلك هنا .

وذا بخلاف ما لو عثرت الدابة المستأجرة ، فسقط المتاع ، فهلك وصاحب المتاع يسير معه خلف الدابة ، فإن الأجير يضمن ؛ لأن الهلاك حصل من جناية يده ، ومحل العمل مسلم إليه ؛ لأنه سلّم المتاع إليه ، وسيره معه خلف الدابة ليس باسترداد لما دفع إليه ، ألا ترى أنه بهذا السير غير متمكن من الدابة ، فكيف يتمكن مما عليها ، بخلاف راكب السفينة ؛ لأن متمكن من السفينة ، فيكون متمكنًا مما كان في السفينة ، فلا تحصل التخلية قياس مسألة السفينة من الدابة إن كان صاحب المتاع راكبًا على الدابة ، فعثرت الدابة من سياقه ، وسقط المتاع ، وهلك ، ولو كان كذلك لا يضمن ، كذا هنا .

١٤٠٤٦- وفي "المنتقى" : لو حمل متاعًا على حمّال ، وصاحب المتاع يمشي معه ، فعثر الحمال ، وسقط المتاع ، وفسد ، فهو ضامن ؛ لأن عثاره من جناية يده ، وقال أبو حنيفة رحمه الله : وإن كان على الدابة مملوك صغير صغير لرب المتاع ، استأجر الدابة ليحملهما ، فعثرت الدابة فوقعا ، فمات المملوك ، وفسد الحمل ، فإنه يضمن الحمل ، ولا يضمن المملوك ، وإن كان الهلاك من جناية يده ؛ لأن المضمون هو الدم ؛ لأنه صار قاتلا للعبد ، وما يجب بقتل العبد ضمان دم ، والدم مما لا يضمن بالعقد ، بخلاف المتاع .

ثم إنما يضمن المتاع إذا كان العبد بحيث لا يصلح لحفظ المتاع ، فأما إذا كان يصلح لحفظ المتاع لا يضمن المتاع ؛ لأنه في يد العبد ، ويد العبد يد المالك ، فكان بمنزلة ما لو كان على الدابة وكيل المولى ، وقد نص على هذا في مسألة السفينة ، فقال : وكذلك السفينة لو حمل فيها رقيقًا له مع متاعه ، ومثلهم لا يحفظون شيئًا ، فغرقت السفينة من فعله ، وهلك المتاع ، وهلك الرقيق ، فإن الملاح يضمن المتاع ، ولا يضمن الرقيق ، شرط لضمان المتاع أن لا يصلح مثل هذا الرقيق للحفظ ، فهذا يبين لك أنه إذا كان يصلح أن لا يضمن المتاع ، وكذلك ما هلك من غير صنع الأجير المشترك إنما يجب عليه ضمانه عندهما إذا صار

العين مسلمًا إلى الأجير ، حتى قال محمد رحمه الله : وإذا كان رب المتاع والمكاري راكبين على الدابة المستأجرة أو سائقين أو قائدين ، فعثرت الدابة فهلك المتاع الذي عليه لا ضمان على المكاري .

١٤٠٤٢ - وكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله : أنه إذا سرق المتاع من دار الحمال ، ورب المتاع معه ، فلا ضمان عليه ؛ لأن يد صاحب المتاع قائم على المتاع بعد ، وقيام يده يمنع وقوع التسليم إلى غيره .

١٤٠٤٣ - قال القدوري رحمه الله في كتابه : ولو كان الطعام في سفينتين مقرونتين أو غير مقرونتين ، إلا أنهما يسيران معًا ويحبسان معًا ، وصاحب المتاع في إحداهما ، فلا ضمان على الملاح فيما هلك .

وفي "المنتقى" : لو كان سفن كثيرة ، وصاحب المتاع أو الوكيل في إحداها ، فلا ضمان على الملاح فيما ذهب من السفينة التي فيها صاحب المتاع أو وكيله ، وضمن ما سوى ذلك ، قال : هذا كله قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، قال ثمة : ولأبي يوسف فيها إذا كانت السفن كثيرة قول آخر ، فقال : إذا كانت السفن تنزل معًا وتسير معًا ، حتى تكونوا في رفقة[1] واحدة ، فلا ضمان على الملاح ، وإن تقدم بعضًا بعضًا .

وكذلك القطار إذا كان عليها حمولة ، ورب الحمولة على بعير ، فلا ضمان على الحمّال ؛ لأن يد صاحب المتاع ثابتة على جميع ذلك .

١٤٠٤٤ - وعن أبي يوسف رحمه الله : فيمن استأجر حمالا ليحمل له فرقا من سمن ، فحمله صاحبه ، والحمّال ليضعاه على رأس الحمال ، فوقع وتخرق الفرق ، لا يضمن الحمّال ؛ لأن لم يسلم إليه السمن ، فإن السمن بعد في يد صاحبه ، ولا ضمان على الحمّال بدون التسليم ، وهكذا روى ابن سماعة رحمه الله في "نوادره" عن محمد رحمه الله قال في "نوادره" : ولو حمله ، ثم وضعه في بعض الطريق ، ثم أراد رفعه ، فاستعان برب الزق ، فرفعه ليضعاه ، فوقع فتخرق فالحمال ضامن ؛ لأنه صار في ضمانه حين حمله ، ولم يبرأ منه بعد ذلك ؛ لأنه لم يسلمه إلى صاحبه ، ولو حمله إلى بيت صاحبه ، ثم أنزله الحمال مع صاحب الفرق من رأس الحمال ، فوقع في أيديهما ،

---

(١) وفي حاشية "ظ" : "دفعة" في نسخة .

بالحمّال ضامن عند أبي يوسف رحمه الله، وهو قول محمد رحمه الله أولاً؛ لأن يد الحمّال قد ثبتت وصار في ضمانه، فلا يبرأ إلا إذا زال يد الحمّال من كل وجه، وإذا وضعاه جميعًا، فيد الحمّال لم يزل، فلا يزول الضمان، ثم رجع محمد رحمه الله، وقال: لا ضمان على الحمّال؛ لأن الشيء قد وصل إلى يد صاحبه، فبرئ عن الضمان.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: القياس أن يضمن الحمّال النصف؛ لأن الغرق وقع من فعلهما وكثير من مشايخنا رحمهم الله أخذوا به، وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله إذا كان رب المتاع والمكاري يسوقان الدابة، فلا ضمان على المكاري، وعن أبي يوسف رحمه الله إذا كان رب المتاع مع المكاري، فعثرت الدابة، فلا ضمان على المكاري، وإن كان عثار الدابة من سوقه أو قياده.

١٤٠٤٥ - قال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا انقطع حبل الحمّال، وسقط الحمل، ضمن الحمّال بالاتفاق؛ لأنه لما شدّه بحبل لا يحتمله، فكأنه هو المسقط للحمل، فكان التلف حاصلاً من جناية يده معنى.

١٤٠٤٦ - وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: الحمّال إذا نزل في مفازة، وتهيأ له الانتقال، فلم ينتقل حتى فسد المتاع بسرقة أو مطر، فهو ضامن، وتأويله إذا كان السرقة والمطر غالبًا؛ لأنه حينئذ يكون مضيعًا، وفي «الواقعات»: استأجر حمّالاً يحمل له طعامًا في طريق كذا، فأخذ في طريق آخر يسلكه الناس، فهلك المتاع، فلا ضمان، وهكذا ذكر في «الجامع الصغير»، قالوا: وهذا إذا كان الطريقان متقاربين؛ لأنه حينئذ لا يصح التعيين لعدم الفائدة، فأما إذا كان بينهما تفاوت ظاهر من حيث الطول والقصر أو السهولة والصعوبة، ضمن الأجير، وهو رواية هشام عن محمد رحمه الله، غير أنه أطلق في الكتاب؛ لأن الطريقين إذا كانا يسلكهما الناس قلّ ما يقع التفاوت بينهما حتى لو حمله في البحر ضمن، وإن كان يحمله الناس لما كان بينهما تفاوت فاحش، ولكن إذا بلغ فله الأجر في البحر وغيره؛ لأنه إذا سلم يبقى التفاوت صورة، فلا يمنع وجوب الأجر.

قال الناطفي رحمه الله: وهكذا الجواب عندي في البضاعة إلا أن يأذن صاحبه في الحمل البحر، وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: إذا استأجر مكاريًا يحمل له عصيرًا على

فالسكنى عنده لا يسقط ما دام بعض المتاع باقيًا، وعندهما هو ضامن على كل حال.

١٤٠٤٨ - وفي فتاوى الفضلي رحمه الله: إذا دفع إلى نساج غزلاً لينسجه كرباسًا، فدفع النساج إلى آخر لينسجه، فسرق من عند الآخر، إن كان الآخر أجير الأول، فلا ضمان على واحد منهما، وإن لم يكن أجير الأول، وكان أجنبيًا، ضمن الأول بلا خلاف، ولا يضمن إلا في قول أبي حنيفة رحمه الله، خلافًا لهما، وهو نظير المودع إذا أودع الوديعة من أجنبي بغير إذن المالك.

وفي القدوري: ومن استؤجر على عمل، فله أن يعمل بنفسه وأجرائه، إلا إذا شرط عليه العمل بنفسه، فعلى ما ذكر القدوري إذا كان الآخر أجير الأول، إنما لا يضمن الأول بالدفع إليه إذا لم يشترط على الأول عمله بنفسه، أما إذا شرط عليه العمل بنفسه، يضمن بالدفع إلى الآخر، وإن كان الآخر أجيرًا للأول.

١٤٠٤٩ - وفي فتاوى أهل سمرقند رحمهم الله: نساج ترك كرباس رجل في بيت الطراز، فسرق ليلاً، فإن كان بيت الطراز حصينًا يمسك الثياب في مثله لا يضمن، وإن لم يكن حصينًا، ولا يمسك الثياب في مثله، إن رضي صاحب الكرباس بترك الكرباس فيه، فلا ضمان، وإلا فهو ضامن.

وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله: دفع إلى نساج كرباسًا بعضه منسوج، وبعضه غير منسوج، فسرق من عنده، فعلى قول من يقول: بأن الأجير المشترك يضمن ما هلك على يده من غير صنعه، يضمن النساج كل الثوب؛ لأن المنسوج مع غير المنسوج كشيء واحد؛ لاتصاله به، وكذا نسج الباقي يزيد في قيمة المنسوج، فكان أجيرًا مشتركًا في الكل.

١٤٠٥٠ - وفي هذا الموضع أيضًا: إذا دفع إلى خياط كرباسًا ليخيط قميصًا، وفضل منه قطعة، فسرقت القطعة، فهو ضامن، وكذا لو دفع صرمًا إلى إسكاف، فقضل منه شيء، فسرق منه؛ لأنه ثبتت يده على مال الغير بغير إذنه؛ لأن المالك إنما سلم إليه للقطع لا غير، فإذا قطع يجب عليه رد الزيادة.

١٤٠٥١ - وذكر الحاكم في المنتقى: إذا دفع إلى خياط ثوبًا، وقال: اقطعه حتى يصيب القدم، وكمه خمسة أشبار، وعرضه كذا، فجاء به ناقصًا، قال: إن كان قدر

أصبع أو نحوه فليس بشيء، وإن كان أكثر منه فله أن يفسده، وكثير من مسائل الخياط مرت في الفصل السابع والعشرين -والله أعلم بالصواب-

## نوع آخر

### من مسائل الحمام:

١٤٠٥٢ - قد ذكرنا بعض المسائل العائدة إلى الحمام في فصل إجارة الحمام، ومن جملة ما لم يذكر ثمة: رجل دخل الحمام، وقال لصاحب الحمام: احفظ الثياب، فلما خرج لم يجد ثيابه، فإن أقر صاحب الحمام أن غيره رفعه، وهو يراه وظن أنه يرفع ثوب نفسه فهو ضامن؛ لأنه تارك الحفظ حيث لم يمنع القاصد، وهو يراه، وإن أقر أني رأيت أحدًا يرفع ثيابك إلا أني ظننت أن الرافع أنت، فلا ضمان، هكذا ذكر؛ لأنه لم يصر تاركًا للحفظ بما ظن الرافع أنه هو، وإن سرق وهو لا يعلم به، فلا ضمان عليه إن لم يذهب من ذلك الموضع، ولم يضيعه[١]، وهذا قول الكل؛ لأن صاحب الحمام مودع في حق الثياب إذا لم يشترط له بإزاء حفظ الثياب أجرًا، فأما إذا شرط له بإزاء الحفظ أجرًا، أو دفع الثياب إلى الثيابي، وهو الذي يحفظ الثياب بأجره، وبالفارسية جامه دار، فلا ضمان عليه فيما سرق عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافًا لهما رحمهما الله؛ لأنه أجير مشترك.

١٤٠٥٣ - وفي «فتاوى الفضلي»: امرأة دخلت الحمام، ودفعت ثيابها إلى المرأة التي تمسك الثياب بأجر، وبالفارسية جامه دار، فلما خرجت لم تجد مقنعها ثوبًا من ثيابها، قال: إن كانت هذه المرأة قبل هذه المرة تدخل هذه الحمام، وتدفع ثوبها إلى هذه الممسكة، وتعطيها الأجر على حفظ ثيابها، فلا ضمان عليها عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافًا لهما، وإن كان هذا أول مرة دخلت هذا الحمام، ودفعت ثيابها إلى هذه الممسكة، فلا ضمان عليها في قولهم جميعًا؛ لأنه إذا كان هذا أول مرة، ولم تدفع إليها أجرًا، ولا شرط لها أجرًا، فهي مودعة لا أجيرة مشتركة، هكذا ذكر، وعلى قياس ما ذكرنا عن محمد رحمه الله: أن كل عمل لا يعمل إلا بأجر، فالأمر به يوجب له الأجرة، وينبغي أن تكون الثيابية أجيرة مشتركة عند محمد رحمه الله حتى تضمن عنده،

---

(١) وفي م: ولم يضيعه.

والفتوى على قول أبي حنيفة رحمه الله: إن الثيابي لا يضمن إلا ما يضمن المودع.

١٤٠٥٤ - رجل دخل الحمام، وقال لصاحب الحمام: أين أضع الثياب، فأشار صاحب الحمام إلى موضع، فوضع ثمة، ودخل الحمام، ثم خرج رجل، وأخذ الثياب، فلم يمنعه صاحب الحمام؛ لأنه ظن صاحب الثياب، ضمن صاحب الحمام؛ لأن هذا استحفاظ له، فصار مودعًا، وقد قصر في الحفظ، فيصير ضامنًا، وهذا قول أبي سلمة[1] وأبي نصر الدبوسي رحمهما الله، وكان أبو القاسم رحمه الله يقول: لا ضمان على صاحب الحمام، والأول أصح.

وهو نظير ما لو دخل رجل بدابته خانًا، وقال لصاحب الخان: أين أربطها؟ فقال: هناك، فربط وذهب، فلما رجع لم يجد دابته، فقال صاحب الخان: إن صاحبك قد أخرج الدابة ليسقيها، ولم يكن له صاحب، ضمن صاحب الخان؛ لأن قوله: أين أربطها استحفاظ لصاحب الخان، فإذا أشار إلى موضع الربط، فقد أجابه إلى الحفظ، فصار مودعًا، وقد قصر في الحفظ، فيصير ضامنًا، كذا هنا.

١٤٠٥٥ - رجل دخل الحمام، ونزع الثياب[2] بين يدي صاحب الحمام، ولم يقل له شيئًا، فدخل الحمام، ثم خرج، ولم يجد ثيابه، فالمسألة على وجهين: إن لم يكن للحمام ثيابي يضمن صاحب الحمام ما يضمن المودع؛ لأن وضع الثوب بمرأى عين صاحب الحمام إذا لم يكن ثيابي استحفاظ له، وإن كان للحمام ثيابي، إلا أنه لم يكن حاضرًا، فكذلك الجواب أيضًا، وإن كان حاضرًا لا يضمن صاحب الحمام؛ لأن هذا استحفاظ الثيابي دلالة دون صاحب الحمام، فلا يضمن صاحب الحمام إلا إذا نص صاحب الثياب على استحفاظ صاحب الحمام بأن قال له: أين أضع الثياب، فحينئذ يصير الحمامي مودعًا، فيضمن ما يضمن المودع.

١٤٠٥٦ - وإذا دخل رجل الحمام، ودفع ثيابه إلى صاحب الحمام، واستأجره ليحفظ، واشترط عليه الضمان إذا تلف، فضاع الثياب، كان الفقيه أبو بكر رحمه الله يقول: يضمن الحمامي إجماعًا، وكان يقول: الأجير المشترك إذا لا يضمن عند أبي

---

(١) هكذا في ط و ف، وكان في الأصل وم: بن سلمة.

(٢) وكان في ظ: الحمام، هذا خطأ واضح.

حنيفة رحمه الله إذا لم يشترط عليه الضمان، أما إذا شرط عليه الضمان يضمن.

وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله يسوّي بين شرط الضمان وعدم الشرط، وكان يقول بعدم الضمان؛ لأن شرط الضمان في الأمانة شرط مخالف لقضية الشرع، فيكون باطلاً، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: وبه نأخذ، ونحن نفتي أيضاً بما قال الفقيه أبو الليث رحمه الله، والله أعلم بالصواب.

## نوع آخر

## في البقار والراعي والحارس:

١٤٠٥٧- قال محمد رحمه الله في «الأصل»: وإذا استأجر الرجل راعياً يرعى غنماً معلومة مدة معلومة بأجر معلوم، فهذا جائز، ويكون الراعي أجيراً مشتركاً؛ لأنه أوقع العقد على العمل، لما ذكر العمل أولاً، إلا إذا قال: على أن لا ترعى غنم غيري مع غنمي، فحينئذٍ يصير أجير وحد، وقد مرّ هذا في أول هذا الفصل.

ولو كان استأجره مدة معلومة على أن يرعى غنماً معلومة له بأجر معلوم، فهو جائز، ويكون أجير وحد؛ لأنه أوقع العقد في حقه على المدة، لما ذكر المدة أولاً، إلا إذا قال: وترعى غنم غيري مع غنمي، فحينئذٍ يكون أجيراً مشتركاً.

ثم الراعي إذا كان أجير وحد، وماتت الأغنام واحدة حتى لم يضمن، لا ينقص من الأجر بحسابه، وذلك لأن الغنم لو ماتت كلها لا يسقط من الأجر شيء إذا سلّم نفسه في المدة للرعي، وكان للآجر أن يكلفه رعي أغنام أخر؛ لأنه أجير وحد، والأجير الوحد يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة، لا بحقيقة العمل، فإذا ماتت شاة منها أولى أن لا يسقط من الأجر.

١٤٠٥٨- ولو ضرب شاة منها، ففقأ عينها، أو كسر يدها، ضمن؛ لأن الأجير الواحد يضمن بالخلاف، وقد خالف لأنه ضرب، والضرب غير داخل تحت الإجارة، إنما دخل تحت الإجارة الرعي، والرعي يتحقق بدون الضرب، وإذا لم يدخل الضرب تحت الإجارة، صار الحال في حق الضرب بعد الإجارة كالحال قبلها، وقبل الإجارة لو ضرب

شدة هذا، وتلف من ضربه شيء ضمن، فكذلك هذا.

١٤٠٥٩ – ولو هلك منها شيء في السقي أو الرعي لم يضمن؛ لأنه أجير وحد، وأجير الوحد لا يضمن ما لم يخالف، ولم يخالف؛ لأنه فعل ما أذن له في ذلك؛ لأن السقي داخل تحت العقد؛ لأن الرعي لا يتحقق بدونه، وإذا دخل تحت العقد لم يضمن ما هلك منها، كالأجير الوحد إذا دق ثوباً فتخرق، وهو مصدق فيما هلك منها؛ لأنه أمين، والقول قول الأمين مع اليمين.

هذا إذا كان الراعي أجير وحد، فأما إذا كان أجيراً مشتركاً فإنه لا يضمن ما مات من الأغنام عندهم جميعاً؛ لأن الهلاك حصل من أمر لا يمكن التحرز عنه؛ لأن الموت حتف أنفه مما لا يمكن التحرز عنه، فإنه ليس في [وسع](١) يد الراعي ذلك، وهذا إذا ثبت الموت بعيان فهو البينة.

١٤٠٦٠ – فأما إذا ادعى الراعي الموت، وجحد رب الأغنام، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله القول قول الراعي؛ لأنه أمين، فيكون القول قوله: إن مات كالمودع، وأما عندهما القول قول رب الأغنام، وكان يجب أن يكون القول قول الراعي؛ لأنه أمين؛ لأن المال أمانة في يده عندهما، وإنما يضمن(٢) إذا هلك بأمر يمكن التحرز عنه؛ لأن بعد ذلك تضييعاً منه، فيضمن بالتضييع، ولهذا قالا: إذا تلف تلفاً لا يمكن التحرز، فإنه يضمن قيمته يوم الهلاك، ولو كان قبضه قبض ضمان عندهما لكان يضمن قيمته يوم القبض كالغصب. فدل أن المال أمانة في يد أجير المشترك عندهما، وإنما يضمن بالتضييع إذا حصل الهلاك بأمر يمكن التحرز عنه، ولهذا قال محمد رحمه الله في الكتاب: ضمان؛ لأنه ضيع حيث لم يحفظها من السبع والسرقة.

١٤٠٦١ – وإذا كان المال أمانة في يده لا يضمن بالهلاك، وإنما يضمن بالتضييع، وكان يجب أن يكون القول قوله ما لم يقر بالضياع، ولم يوجد منه الإقرار بالتضييع، إلا أنه جعل القول قول رب الغنم، وذلك لأنه وجب على أجير المشترك زيادة حفظ لم يجب على المودع، وعلى أجير الوحد مخافة أن لا يضيّعوا أموال الناس، فإذا اجتمع في أيديهم

...

(١) هكذا في الأصل وحده.

(٢) وكان في الأصل و[illegible] لا يضمن.

أموال الناس على ما أشار في حديث علي رضي الله عنه، وإنما يأتي بزيادة حفظ لم يجب على المودع، وعلى أجير الوحد إذا لم يجعل القول قوله عند الهلاك، وإن لم يوجد منه الإقرار بسبب الضمان؛ لأنه متى علم أن القول قوله عند الهلاك، كما في المودع، لا يجتهد في الحفظ. فبهذه الضرورة لم يجعل القول قوله عند الهلاك، وإن كان المال أمانة عنده ليحصل ما هو المقصود من زيادة حفظ وجب عليه لم يجب على المودع وعلى أجير الوحد.

١٤٠٦٢ - ولو ساقها إلى المرعى، فعطبت منها شاة، لا من سوقه، بأن صعدت الجبل، أو مكانًا مرتفعًا، فتردت منه، فعطبت، فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الهلاك ما كان من فعله، وعلى قولهما: يضمن؛ لأن الهلاك حصل من أمر يمكن التحرز عنه: بأن لا يأتي هذا المكان، أو أن يأتي هذا المكان يحفظها عن الصعود على الجبل، وعلى المكان المرتفع، وكذا لو أوردها نهرًا ليسقيها، وغرق شاة منها، ففي قول أبي حنيفة رحمه الله لا ضمان، وعلى قولهما: يضمن، وكذلك لو أكل منها سبع أو سرق منها. فالمسألة على الخلاف.

ولو ساقها في الماء ليسقي، فغرقت، أو ليسلك، يضمن بلا خلاف بين علمائنا الثلاثة رحمهم الله، ولو ساقها، وعطبت شاة منها من سوقه، بأن استعجل عليها، فعثرت وانكسر رجلها، أو دق عنقها بالسوق، فعليه الضمان عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله.

١٤٠٦٣ - وإذا ساق الراعي الغنم، فنطحت بعضها بعضًا من سياقه، أو وطئ بعضها بعضًا من سياقه، فإن كان الراعي مشتركًا، فهو ضامن على كل حال؛ لأن هذا من جناية يده، وإن كان خاصًا إن كانت الأغنام لواحد، فلا ضمان عليه، وإن كانت الأغنام لاثنين أو ثلاثة، فهو ضامن.

وصورة الأجير الخاص في حق الاثنين والثلاثة أن يستأجر رجلان أو ثلاثة راعيًا شهرًا ليرعى غنمًا لهم أو لهما، فقد فرق في حق الأجير الخاص بينما إذا كانت الأغنام لواحد، وبينما إذا كانت الأغنام لاثنين أو ثلاثة.

والفرق بينهما وهو أن الأغنام كلها إذا كانت لواحد، فعمل الأجير في السوق منقول

إلى صاحب الأغنام باعتبار القاتل والمقتول، فإنه عامل له فيهما، فصار فعله في السوق منقولاً إلى صاحب الأغنام، فكأن صاحب الأغنام ساق بنفسه، ولو ساق بنفسه، فقتل بعضها بعضاً لا يجب الضمان إذا كانت الأغنام كلها للسائق. فكذلك هذا.

فأما إذا كانت لرجلين، فإن كان بعضاً لزيد، وبعضها لعمرو، ضمن الأجير؛ لأنه صار منقولاً إلى زيد باعتبار القاتل، فإنه عامل لزيد في حق القاتل، فإن القاتل ملك زيد، وباعتبار المقتول لا ينتقل فعله في السوق إلى زيد؛ لأنه في سوق المقتول أجير عمرو، وإذا انتقل فعله إلى صاحب القاتل باعتبار القاتل، ولم ينتقل باعتبار المقتول لم يثبت الانتقال، فبقي مقصوراً عليه، وللراعي أن يبعث بالأغنام على يدي غلامه أو أجيره أو ولده الكبير الذي في عياله؛ لأن الرد من الحفظ، وله الحفظ بيد من في عياله، فكذا له الرد بيد من في عياله.

فإن هلك في يده حالة الرد، فإن كان الراعي مشتركاً، فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله على كل حال. وعندهما إن هلك بأمر يمكن التحرز عنه، فهو ضامن، كما لو رد بنفسه، وهلك في يده حالة الرد، وإن كان الراعي أجيراً خاصاً، فلا ضمان عليه على كل حال، كما لو رد بنفسه، وهلك في يده حالة الرد، ويشترط أن يكون الراد كبيراً يقدر على الحفظ؛ لأنه متى كان صغيراً لا يقدر على الحفظ يكون هذا تضييعاً منه، والأجير يضمن بالتضييع عندهم جميعاً، ويشترط أن يكون في عياله؛ لأنه متى لم يكن في عياله كان الرد بيده، ويد أجنبي سواء، وليس له الرد بيد الأجنبي، فكذا بيد من ليس في عياله.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي رحمه الله: إن للمشترك أن يرد[1] بيد من ليس في عياله، وليس للخاص ذلك، والحكم مهروبه سوى بينهما، وقال ليس لهما ذلك الراعي المشترك إذا خلط الأغنام بعضها ببعض، فإن كان يمكنه التمييز، بأن كان يعرف غنم كل واحد، فلا ضمان عليه؛ لأن مثل هذا الخلط ليس باستهلاك، ويكون بمنزلة خلط السود بالبيض، والقول قول الراعي في تعيين الغنم لكل واحد؛ لأن اليد له، فيكون القول قوله: إن هذا لهذا، وهذا لهذا، وإن كان لا يمكنه التمييز، بأن كان يقول:

---

(١) في م: أن يرده.

لا أعرف غنم كل واحد، فهو ضامن قيمة الأغنام؛ لأن مثل هذا الخلط استهلاك بمنزلة خلط السود بالسود، والقول قول الراعي في مقدار القيمة؛ لأن صاحب الغنم يدعي عليه زيادة، وهو ينكر ويعتبر قيمة الأغنام يوم الخلط، وهذا على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يشكل، وعلى قولهما رحمهما الله. اختلف المشايخ رحمهم الله بعضهم، قالوا: تعتبر القيمة يوم القبض، وقال بعضهم: يوم الخلط، وهو الصحيح؛ لأن الأجير المشترك عندهما لا يضمن بالقبض، وإنما يضمن بترك الحفظ والتضييع، وقيل: يجب أن يخير أرباب الغنم إن شاؤوا ضمنوه، وإن شاؤوا أخذوا مشتركة، كما في خلط الحنطة بالحنطة.

وإذا ادعى بعضهم طائفة من الغنم، فإن الراعي يحلف ما هذا غنم هذا؛ لأن يدعي عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف، فإن حلف برئ، وإن نكل ضمن القيمة لصاحبه، وإذا خاف الراعي على شاة منها فذبحها، فهو ضامن قيمتها يوم ذبحها؛ لأن الذبح ليس من عمل الراعي في شيء، فلا يكون داخلا تحت العقد.

قال مشايخ بلخ رحمهم الله: هذا إذا كان يرجى حياتها، بأن كان مشكل الحال يرجى حياتها وموتها، أما إذا تيقن بموتها، فلا ضمان عليه؛ لأن الأمر بالرعي أمر بالحفظ، والحفظ الممكن حالة التيقن بالموت بالذبح، فيصير مأمورا بالذبح في هذه الحالة.

١٤٠٦٤ - وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في الباب الأول من شركة «الواقعات»: أن من ذبح شاة إنسان لا يرجى حياتها يضمن، والصحيح أن الراعي والأجنبي لا يضمنان بذبح شاة لا يرجى حياتها، والبقار والراعي لا يضمن في مثل هذا، وفرق بين الأجنبي وبين الراعي والبقار، والفقيه أبو الليث رحمه الله سوى بينهما، فقال: لا يضمن الأجنبي، كما لا يضمن الراعي والبقار؛ لوجود الإذن بالذبح دلالة في حق الكل في هذه الحالة، وهو الصحيح، وكذلك الجواب في البعير؛ لأن الذبح في هذه المواضع لإصلاح اللحم، فأما في الحمار، فلا يذبح، وكذا في البغل؛ لأن الذبح لا يصلح اللحم فيهما، وفي الفرس أيضا لا يذبح عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الصحيح من مذهبه أن لحم الفرس مكروه كراهة التحريم.

يكتفه مقدار الزيادة، وأما هنا فالعقد يجوز، وإن لم يشر إلى الأغنام، ولم يسم عددها، ويستحق على من الرعي مقدار ما يطيق، فكانت الإشارة ذكراً ليعقل به مسألة أول الكلام، والتقريب ما ذكرنا.

١٤٠٦٦ - وإذا ولدت الأغنام أولاداً، فإن كان الراعي أجير خاص، فعليه رعي الأولاد، وإن كان الراعي أجير مشترك، فليس عليه رعي الأولاد، وإن شرط على الأجير المشترك رعي ما يحدث من الأولاد، فهو شرط فاسد لو قرن العقد يفسد به العقد قياساً، وفي الاستحسان: يجوز، وجه القياس في ذلك وهو: أن بعض المعقود عليه مجهول، وهو رعي الأولاد؛ لأنه لا يدري كم تلد الأغنام، وكذلك الأجر مجهول؛ لأن الأجر بإزاء الأغنام والأولاد، وإذا كان الأولاد مجهولاً، كانت حصة الأولاد من الأجر مجهولاً، فتكون حصة الأمهات مجهولة أيضاً، ومع الجهالة يمكن الخطر في هذا العقد؛ لأنه لا يدري أن الأغنام تلد أو لا تلد.

وجه الاستحسان في ذلك: أن الجهالة إنما توجب فساد العقد لكونها مانعة من التسليم والتسلم، وهذا المعنى لا يتأتى هاهنا؛ لأن تسليم الأولاد، وتسلمها لا يحتاج إليه في الحال، حتى يقال: في الحال مجهولة، وإنما يحتاج إليها بعد الحدوث، وبعد الحدوث هي معلومة، والأجر في الحال معلوم؛ لأن الأجر كل بإزاء الأمهات في الحال؛ لأن رعي الأولاد شرط على سبيل الزيادة، وما يكون زيادة على المعقود عليه، لا يكون لها حصة من البدل ما لم يوجد، بل يكون كله بمقابلة الأصل، وحال وجود الأولاد الذي هو حال انقسام البدل الأولاد معلومة، فكان الأجر معلوماً، والخطر المتمكن في وجود الأولاد لا يوجب فساد العقد في الأمهات؛ لأن الأولاد جعلت معقوداً عليها على سبيل الزيادة، والخطر في الزيادة لا يوجب خطراً في الأصل، والخطر في محل لا يمنع انعقاد العقد في محل آخر، فالخطر في الأولاد لا يمنع انعقاد العقد على الأمهات للحال، وليس للراعي أن ينزي على شيء منها بغير أمر صاحبها، وإن فعل ذلك ضمن ما عطب منها؛ لأن الإنزاء لم يدخل تحت العقد؛ لأن الإجارة انعقدت على الرعي، والإنزاء ليس من الرعي، فصار الحال فيه بعد العقد كالحال قبله، ولو أن الراعي لم يفعل ذلك، ولكن الفحل الذي في الغنم نزا على واحدة منها، فعطبت فلا ضمان على الراعي في ذلك بالإجماع إن كان الراعي أجير خاص، وإن كان الراعي أجير مشترك، فكذا الجواب

عنده، وعندهما: هو ضامن؛ لأن الهلاك حصل بأمر يمكن التحرز عنه، وإن ندت واحدة منها، وترك اتباعها حتى لا يضيع الباقي، فهو في سعة من ذلك، ولا ضمان عليه فيما ندت بالإجماع إن كان الراعي خاصًا، وعند أبي حنيفة إن كان الراعي أجير مشترك فكذلك.

وإن ترك حفظ ما ندت، والأمين يضمن بترك الحفظ؛ لأن الأمين إنما يضمن بترك الحفظ إذا ترك بغير عذر، فأما إذا ترك بعذر فإنه لا يضمن، كما لو دفع الوديعة إلى أجنبي حالة الغريق، فإنه لا يضمن، وإن ترك حفظها؛ لأنه تركها بعذر، فكذلك ههنا إنما ترك حفظها كي لا يضيع الباقي، وعندهما يضمن؛ لأنه ترك الحفظ بعذر يمكن الاحتراز عنه، ورأيت في بعض النسخ: لا ضمان عليه فيما ندت إذا لم يجد من يبعثه يردها، أو يبعثه ليخبر صاحبها بذلك.

وإن تكارى من يجيء بالواحدة متطوع؛ لأنه لم يؤمر باستئجار هذا، وإن تفرقت الغنم في البقر عليه فرقًا، ولم يقدر على اتباعها كلها، وأقبل على فرقة منها، وترك ما سوى ذلك، فهو في سعة من ذلك، ولا ضمان عليه؛ لأنه ترك حفظ البعض بعذر، وعلى قولهما يضمن؛ لأنه ترك بعذر يمكن الاحتراز عنه في الجملة.

٤٠٦٧ - وإذا كان الراعي أجير مشترك، فرعاها في بلد، فعطبت واحدة منها، أي هلكت بآفة، نحو الغرق في الماء، وافتراس السبع، والسقوط من الجبل، وما أشبه ذلك، فقال رب الغنم: إنما شرطت عليك أن ترعى في موضع كذا وكذا، عيّن موضعًا آخر غير هذا الموضع، وقال الراعي: بل شرطت علي الرعي في الموضع الذي رعيت، فالقول قول رب الغنم بالإجماع حتى يضمن الراعي بالإجماع؛ لأن الإذن يستفاد من جهته، والبينة بينة الراعي حتى لا يضمن في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه هو المدعي لأنه يثبت ما ليس بثابت.

وكذلك إذا كان الراعي أجير خاص، واختلفا على نحو ما بينا، فالقول قول رب الأغنام لما ذكرنا، وإذا خالف الراعي، ورعاها في غير المكان الذي أمر، فعطبت فهو ضامن، ولا أجر له، وإن سلمت الغنم، فالقياس أن لا أجر له، وفي الاستحسان: يجب الأجر؛ لأن الراعي موافق في أصل الرعي مخالف في صفته، فإن الرعي في بعض

الأماكن ربما يكون أجود من البعض، فعمل بجانب الخلاف إن عطبت الأغنام، فأوجب الضمان، ولم توجب الأجر، وعملنا بجانب الوفاق إن سلمت الأغنام، فأوجب الأجر.

١٤٠٦٨ - الراعي المشترك إذا توهق الرمكة، فوقع الوهق في عنقها، فجذبها، فعطبت فهو ضامن؛ لأن التوهيق لم يدخل تحت الإذن؛ لأنه ليس من عمل الرعي. وكذلك إذا حمل عليها من غير ما هو مأذون فيه، وإن فعل ذلك بإذن صاحب الرمكة، فلا ضمان، كذا ذكر في الأجناس.

قال بعض مشايخنا رحمهم الله: هذا إذا كان الراعي أجير وحد، فأما إذا كان أجيرًا مشتركًا، فهو ضامن؛ لأن هذا من جناية يده فيكون بمنزلة ما لو دق فتخرق، وعامتهم على أنه لا ضمان على كل حال؛ لأن هذا ليس من عمل الرعي، فكان الراعي معينًا فيه، ولا ضمان على المعين على كل حال.

١٤٠٦٩ - وإذا شرطوا على الراعي ضمان ما عطب منها، فهو جائز، ولا يفسد به العقد؛ لأن هذا شرط يقتضيه العقد من غير شرط، وإن شرطوا عليه ضمان ما مات منها إن كان الشرط في العقد يفسد العقد؛ لأن هذا شرط لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، وإن شرطوا ذلك بعد العقد لم يصح الشرط، ولا يفسد العقد، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح إجاراته، وعلى قياس ما ذكر القدوري في بيوعه: أن إلحاق بالعقد الصحيح شيء من الشروط الفاسدة التحقت بأصل العقد، وفسد العقد في قول أبي حنيفة رحمه الله، يجب أن يقال على قول أبي حنيفة في فصل الإجارة: إنه يلتحق هذا الشرط بالعقد أن يفسد العقد.

١٤٠٧٠ - وإذا شرط على الراعي أن ما مات منها يأتي بسمتها[1]، وإلا فهو ضامن، فليس عليه إتيان السمة؛ لأن إتيان السمة عمل شرط في هذا العقد ليس من صنائع العقد فيها؛ لأن الإجارة فيما مات قد انفسخت ثم بيننا، فلا يلزمه ذلك، كما في الإجارة، ولا يصير ضامنًا بهذا الشرط؛ لما مر قبل هذا، وهل يفسد العقد بهذا الشرط، فهو على التفصيل الذي ذكرنا في المسألة المتقدمة.

(١) وكذا في الأصل: «سمتها»

قوم آخرين، ولم يعلم الأولون حتى مضت المدة، وقد أرضعت ولد كل واحد منهما، فإنها تستحق الأجر كملا على كل واحد منهما، ولا يتصدق بشيء من ذلك وتأثم، وإن كانت أجيرة وحد؛ لأنها أوقعت العقد على المدة لا على العمل إلا أن لها شبهًا بأجير المشترك في الرضيع من حيث إنه يمكنها إيفاء الرضاع إلى كل واحد منهما بتمامه، فوفرنا على الشبهين حظهما فقلنا: تأثم؛ لأنها أجيرة وحد لشبهها بأجير المشترك، وقلنا: يستحق الأجر كملا، ولا يتصدق بشيء، فكذلك هذا.

قال: ولو كان تبطل يومًا أو يومين في الشهر، أو مرض سقط الأجر بقدره؛ لأنه لم يسلم نفسه للرعي في مدة التبطل والمرض، وأجير الوحد إنما يستحق الأجر بتسليم النفس في المدة، فإذا لم يسلم نفسه للرعي في بعض المدة، لم يستحق من الأجر بقدره، ولو دفع إليه غنمه ليرعى على أن أجرها ألبانها وأصوافها، فإن هذا فاسد؛ لأنه استأجره بمجهول ومعدوم؛ لأن الأصواف والألبان الموجودة للحال مجهول المقدار، وما يزداد ويحدث بعد ذلك ساعة فساعة معدوم، وأحدهما مانع جواز الإجارة، فمجموعهما أولى أن يمنع.

١٤٠٧٢ - قال: ولو دفع رجل غنمه إلى راعي، واشترط على الراعي جبنًا معلومًا وسمنًا معلومًا، وما بقي من ألبانها وسمونها وأصوافها، فهو للراعي، فهذا فاسد؛ لأن فيه ما في الأول، فإنه استأجره بمجهول ومعدوم، فإن ما يبقى بعد المشروط مجهول ومعدوم، وفي زيادة غرر ليس في الأول، وهو أن يجوز أن لا يبقى للراعي شيء بعد المشروط لرب الغنم، فكان في هذا الفصل زيادة منع ليس في الأول، فإذا لم تجز الإجارة في الفصل الأول، فههنا أولى، وما أصاب الراعي من ألبانها وسمونها، فهو ضامن؛ لأنه استهلكها بحكم عقد فاسد، وله على صاحب الغنم أجر المثل؛ لأنه استوفى عمله بحكم إجارة فاسدة، وإن دفع الراعي غنم رجل إلى غيره، فاستهلكها المدفوع إليه، وأقر بذلك الراعي، فإن لصاحب الغنم أن يضمن الراعي، وليس له أن يضمن القابض إذا لم يقر أن المقبوض ملك المدعي، ولم تقم للمدعي بينة.

أما الراعي فيضمن؛ لأنه لا يخلو إما أن يعتبر أمينًا أو ضمينًا، وأي ذلك ما

اعتبرنا(١) لابد من إيجاب الضمان عليه متى دفع المال إلى من ليس في عياله ، ولا يضمن القابض للمدعي ؛ لأنه لم يثبت كون ما قبض القابض ملكاً للمدعي لا بإقرار القابض ، ولا بالبينة لو ثبت إنما يثبت بإقرار الراعي ، وإقراره أن ما دفع كان لغيره مقبول في حقه ، ولا يقبل في حق المدفوع إليه إذا أنكره ، فلم يكن له تضمين القابض ، فإن أقام المدعي البينة أن ما قبض كان له ، أو أقر القابض بذلك إن كان ما قبض قائماً بعينه في يد القابض ، كان للمدعي أن يأخذه ؛ لأنه وُجد عين ماله ، وإن كان مستهلكاً كان المالك بالخيار إن شاء ضمن القابض ، وإن شاء ضمن الراعي.

أما تضمين الراعي فلا إشكال ؛ لأنه دفع ماله إلى غيره ، وأما القابض فتضمينه مشكل على قول أبي حنيفة رحمه الله ؛ لأن الراعي دفع إليه على سبيل الإيداع ، ومن مذهبه المودَع لا يضمن ، إنما كان كذلك ؛ لأنه وضع المسألة أنه استهلكها المدفوع إليه ، ومودع المودع يضمن إذا استهلك عندهم جميعاً ، إنما الخلاف فيما إذا هلك في يده

١٤٠٧٣- وإذا رعى الراعي في مكان لم يؤذن بالرعي فيه ، هل يستحق الأجر ؟ فهذا على وجهين : إما إن عطبت الغنم أو سلمت ، فإن عطبت ، فإنه لا أجر عليه ؛ لأنها لما عطبت الغنم صار ضامناً ، فصار الغنم ملكاً له من وقت الخلاف ؛ فصار راعيةً ملك نفسه ، فلا يستحق الأجر ، وإن سلمت ، فالقياس أن لا يستحق الأجر ، وفي الاستحسان يستحق الأجر ، وجه القياس في ذلك أنه خالف ، فلا يستحق الأجر ، وإن لم يضمن قياساً على ما لو استأجر دابة ليذهب في مكان كذا ، فذهب بها في مكان آخر ، وسلمت الدابة ، فإنه لا أجر عليه ، وإن لم يضمن ؛ فكذلك(٢) هذا.

ووجه الاستحسان : أن الراعي فيما صنع موافق من وجه مخالف من وجه ؛ لأنه موافق في أصل المعقود عليه مخالف في الصفة ؛ لأن التفاوت بين المكانين في حق الراعي تفاوت يسير ، فلا يلحقهما بجنسين مختلفين ، وهذا قيل : بأن الإجارة صحيحة ، وإن لم يبين المكان ، وإذا لم يلحقهما بجنسين مختلفين بسبب التفاوت ، بقي الجنس واحداً ، إنما اختلفا في الصفة لا غير ، فإن الرعي في بعض الأمكنة ربما يكون أجود ، فكان موافقاً في

---

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ف و ظ : اعتبر

(٢) وكان في الأصل : فكذلك كان هذا

حق الأجر، مخالفًا في حق الصفة، والعمل بهما في حالة واحدة متعذر؛ لأن أحدهما يوجب الأجر، والآخر يمنع ولم يوجب، فعملنا في حالين إن لم يسلم عمله بجانب الخلاف، وأوجبنا الضمان، ولم نوجب الأجر، وإن سلم عملنا بجانب الموافقة، وأوجبنا الأجر، أما في باب الدابة فالمستأجر مخالف من كل وجه؛ لأن الطريق في حق الركوب متفاوتة تفاوتًا فاحشًا رب طريق يفسد الدابة يومًا بالسير فيه لصعوبته، ورب طريق لا يفسدها بالسير فيه شهرًا لسهولته، فالتحق بجنسين مختلفين باعتبار التفاوت، وإن جمعهما اسم واحد، وهو الركوب، واختلاف المجانسة بين الشيئين، متى ثبت بسبب التفاوت دون الاسم، كاختلاف المجانسة الثابتة من حيث الحقيقة؛ ولو استوفى جنسًا آخر حقيقة، بأن استأجر دابة للركوب، فاستخدم عبده، أو لبس ثوبه، لا أجر عليه سلم أو لم يسلم، فكذلك هذا.

فإن قيل: هذا يشكل بما لو دفع ماله إلى رجل مضاربة على أن يعمل به في الكوفة، فأخرجه من الكوفة، فباع واشترى حتى ربح، فإن المضاربة فاسدة ويضمن، وهذا موافق من وجه مخالف من وجه؛ لأن التفاوت بين الأماكن في حق التجارة تفاوت يسير، ولهذا صحت المضاربة من غير بيان المكان، ومع هذا قال: بأنه إذا تصرف في غير ذلك المكان وربح، فإنه يضمن، كما لو خسر.

قلنا: في المضاربة استهلك المضارب المال الذي وقعت فيه المضاربة بالبيع والشراء، فعاد إلى الكوفة وفي يده مال آخر سوى ما وقعت عليه المضاربة، ولو أنه لم يستهلك المال، وعاد بالمال بعينه لم يكن عليه ضمان، وكان على المضاربة قياس[1] مسألة المضاربة من مسألتنا أن لو عطبت الأغنام، وقياس مسألتنا من المضاربة أن لو لم يبع حتى عاد بالمال بعينه إلى الكوفة، وفي "فتاوى أهل سمرقند": بقار لأهل قرية، ومرعاهم بين أشجار ملتفة لا يقدر البقار على النظر إلى جميع الدواب، فذهبت دابة من دواب سرحه لا ضمان عليه؛ لأنه إنما يرعى دوابهم في هذا المرعى بأمرهم، وهم إنما يستحفظون البقار ما في وسعه، فإذا لم يكن في وسع النظر إلى جميع الدواب في ذلك المرعى لم يلزمه، فلا يكون تاركًا حفظًا لزمه، فلا يضمن.

---

(١) وكان في الأصل و"ف": مقيس.

١٤٠٧٧ - أهل قرية يرعون دوابهم بالنوبة، فضاعت منها بقرة في نوبة أحدهم، قال إبراهيم بن يوسف رحمه الله: هو ضامن في قول من يضمن الأجير المشترك، وقال أبو الليث رحمه الله: عندي أنه لا يضمن في قولهم جميعاً؛ لأن كل واحد منهم معين في رعيه لا أجير؛ لأنه إن جعل أجيراً كان ذلك مبادلة منفعة بمنفعة من جنسهما، وذلك لا يجوز، فكان معيناً لا أجيراً، والمعين لا يضمن، ذكر المسألة في مجموع النوازل.

قال ثمة: وإذا كان نوبة أحدهم، فلم يذهب هو، لكن استأجر رجلاً ليحفظها، فأخرج الباقورة إلى المفازة، ثم رجع إلى الأكل يعني الأجير، ثم عاد، فضاع بقرة منها، فهو إن ضاع بعد ما رجع عن الأكل، فلا ضمان عليه، وإن ضاع قبل ذلك، فهو ضامن، ولا ضمان على صاحب النوبة بحال؛ لأن له أن يحفظها بأجيره، ولكن هذا إذا لم يشترط عليه الحفظ بنفسه على ما مر قبل هذا.

١٤٠٧٨ - رجل استؤجر لحفظ الخان، فسرق من الخان شيء، لا ضمان عليه؛ لأنه يحرس الأبواب، أما الأموال فهي في يد أربابها، فلا يضمن إلا بالتضييع، ولم يوجد، هذا جواب الفقيه أبي جعفر رحمه الله.

١٤٠٧٩ - وذكر عن أحمد بن محمد القاضي رحمه الله في حارس يحرس الحوانيت في السوق، فنقب حانوت، وسرق منه شيء أنه ضامن؛ لأنه في معنى الأجير المشترك؛ لأن لكل واحد حانوت على حدة، فصار بمنزلة من يرعى غنماً لكل إنسان شاة ونحو ذلك.

قال الفقيه أبو بكر رحمه الله: عندي أن الحارس أجير خاص، ألا ترى أنه لو أراد أن يعمل لنفسه في صنعة أخرى لم يكن له ذلك، والفتوى على قول الفقيه أبي بكر والفقيه أبي جعفر رحمه الله.

١٤٠٨٠ - وإذا استأجر الحارس واحد من أهل السوق، فله أن يأخذ الأجرة منهم جميعاً، ويحل له ما يأخذ منه إذا كان المستأجر رئيسهم؛ لأن في هذا جرت العادة، وصار كأنهم استأجروه جميعاً، وإن كرهوا ولم يرضوا ذلك، فكره هشيم باطله؛ لأن في ذلك مصلحتهم، فإذا استأجر رئيسهم جاز ذلك؛ لأنهم جعلوه كالسيد على أنفسهم، فكان استئجاره بمنزلة استئجارهم. ولا يصير الحارس تاركاً للحفظ، وإن نام ما لم يغب

القعود عن بصره، فإذا غاب عن بصره يصير تاركاً للحفظ، قالوا: وتأويله إذا نام جالساً.
أما إذا نام مضطجعاً يصير تاركاً للحفظ. وقد ذكرنا في كتاب الوديعة الفرق بين النوم مضطجعاً وبين النوم جالساً في غير السفر، وسوّينا بينهما في السفر، فقلنا: لا ضمان على كل حال، فههنا يكون كذلك، وبه نختم والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

## نوع آخر
## في القصّار وتلميذه:

١٤٠٨١ - في فتاوى أبي الليث رحمه الله: قصّار وضع الثوب على الجب في الحانوت، وأقعد ابن أخته حافظاً، وغاب القصّار، فدخل ابن أخته الحانوت الأسفل، فنظر الطرار الثوب، فهذا على وجهين: إن كان البيت الأسفل بحال لو دخله إنسان غاب عن عينه الموضع الذي كان فيه الثوب، وإنه على وجهين أيضاً: إن كان ابن أخته ضمه إلى القصّار أبوه أو أمه، أو لم يكن له أب ولا أم، وضم الصبي نفسه إلى القصّار، فالضمان على الصبي؛ لأنه ضيّعه بترك الحفظ الواجب عليه، ولا ضمان على القصّار؛ لأن له أن يحفظ الثياب بيد ذلك الصبي، ولا يضمن القصّار بترك الثياب عند الصبي.

وإن كان الصبي غير منضم إلى القصّار من جهة من ذكرنا، كان القصّار أخذ بيده، وأقعده حافظاً للحانوت، فالضمان على القصّار؛ لأنه مخالف في استحفاظه من ليس في عياله، وإن كان الصبي بحيث يراه مع دخوله ذلك الموضع، فإن كان الصبي منضماً إليه، فلا ضمان على واحد منهم، أما القصّار فلأن له حفظه بيد الصبي، وأما الصبي فلأنه لم يترك الحفظ لما كان الموضع الذي دخل فيه بحيث يرى الثوب فيه.

١٤٠٨٢ - قصّار سلم ثياب الناس إلى أجير له ليشمسها في المقصرة، ويحفظها، فنام الأجير، ثم رجع بالثياب، وقد ضاع منها حصير قطن، لا يدري كيف ضاعت ومتى ضاعت، قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله: إذا لم يعلم أنه ضاع في حال نومه، فالضمان على القصّار دون الأجير، وإن علم أنه ضاع في حال نومه، فالأجير[1] ضامن بترك

(١) وكذا في ظ ... فالأجير ضامن

الحفظ الواجب عليه، وإن شاء صاحب الثياب ضمن القصّار في الوجهين جميعًا.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: إنما قال له: أن يضمن القصار؛ لأنه كان يأخذ في مسألة الأجير المشترك بقول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، أما في قول أبي حنيفة رحمه الله: لا ضمان على القصّار؛ لأن الهلاك لم يكن بعمله، وبه نأخذ.

قصّار بيّن ثوب قصارته، ثم افتكّه[1]، وقد أصاب الثوب نجاسة عند المرتهن، فلما نظر إليه صاحب الثوب، كلّف القصّار بتنقيته، فامتنع القصار من ذلك، وتمدّ جزء، فترك الثوب في يد القصار، فهلك عنده، إن كانت النجاسة لم تنقص من قيمة الثوب، فلا شيء على القصّار؛ لأن إن خاف بالرهن، ثم افتكه، وخلى بينه وبين المالك، خرج عن ضمان قيمة الثوب والنجاسة إذا لم تنقص من قيمته لا يلزم بسببها شيء، فنزلة من صبّ على عبد غيره نجاسة، فجعل صاحب العبد عنده ليغسل تلك النجاسة، فهلك لا ضمان عليه، وإن كانت تنقص قيمته، فليس على القصار إلا نقصان الثوب، والثوب عنده أمانة؛ لما ذكرنا أنه بالتخلية خرج عن ضمان الثوب.

وهو نظير من خرق ثوب إنسان خرقًا يسيرًا، فقال له رب الثوب: أصلح هذا الخرق، فأبى فترك الثوب عنده، فهلك لم يكن على الخارق إلا نقصان الخرق، كذا ههنا.

١٤٠٨٣ - وإذا دق أجير القصّار ثوبًا من ثياب القصارة، فخرقه أو عصره فتخرق فلا ضمان عليه؛ لأن الخرق حصل من عمل القصارة في ثوب القصارة، والأجير مأذون في ذلك؛ لأن الإذن ثبت بالإجارة، وأنه أجير بالقصارة فيما كان من ثياب القصارة، وأجير القصار لا يضمن ما تخرق من عمله المأذون فيه إلا أن يخالف؛ لأنه أجير وحد في حق القصارة، ولم يخالف، والأستاذ ضامن؛ لأن عمل الأجير منقول إليه، فيصير كأن الأستاذ عمل بنفسه من حيث الحكم، ولو عمل الأستاذ بنفسه حقيقة: كان عليه الضمان، كذا ههنا.

١٤٠٨٤ - وإذا وطئ على ثوبًا فتخرق، إن كان ثوبًا يوطأ مثله، فلا ضمان عليه بذلك؛ لأنه مأذون فيه من جهة الأستاذ دلالة وإن كان ثوبًا لا يوطأ مثله، فوطئ فتخرق،

(١) وكذا في الأصل. فصورة على تكه وقد أصاب ... إلخ.

فإنه يضمن سواء كان من ثياب القصارة، أو لم يكن؛ لأنه غير مأذون بوطء ما لم يوطأ مثله من جهة الأستاذ، بخلاف ما لو دق، فتخرق أو عصر، فتخرق؛ لأنه مأذون في ذلك من جهة الأستاذ، وهذا استحسان، ولو حمل شيئاً في بيت القصار بإذن الأستاذ، فسقط على ثوب فتخرق، وإن كان من ثياب القصارة لا يضمن الأجير، وإنما يضمن الأستاذ، وإن لم يكن من القصارة ضمن الأجير، وفي الوطء يضمن في الحالين إذا كان مما لا يوطأ مثله.

ووجه الفرق بينهما: أن الوطء غير مأذون فيه من جهة الأستاذ، لا نصاً ولا دلالة، أما نصاً فلأنه ليس من أعمال القصارة، وأما دلالة فلأنه إذا كان الثوب رقيقاً لا يوطأ مثله، والثابت بدلالة الحال النهي عن وطئه لا الإذن بوطئه.

فأما الحمل من أعمال القصارة وأسبابها، فإذا سقط على ثوب القصارة، فالفساد حصل من عمل القصارة في ثوب القصارة، والأجير مأمور بأعمال القصارة في ثياب القصارة، فيصير عمله منقولاً إلى الأستاذ، فلا يضمن الأجير، ويضمن الأستاذ، كما لو دق فتخرق، وإن وقع على ما ليس من ثوب القصارة، فالفساد حصل من عمل غير مأذون فيه؛ لأنه إنما أذن بالقصارة فيما كان من ثياب القصارة، لا فيما ليس من ثياب القصارة، وليس بأجير فيما لم يكن ثياب القصارة، وإذا لم يدخل هذا تحت الإذن كان هو والأجنبي في ذلك سواء.

وكذلك لو دخل بنار أو سراج بأمر القصار، فوقعت شرارة على ثوب فأحرقته إن كان من ثياب القصارة، فلا ضمان على الأجير، وإن الضمان على الأستاذ، وإن لم يكن من ثياب القصارة ضمن الأجير.

أما ما كان من ثياب القصارة لا يضمن الأجير؛ لأنه أجير فيما كان من ثياب القصارة بالقصارة، وهذا من أسبابه، فما تولد منه يكون ضمان ذلك على الأستاذ لا على الأجير، كما لو دق، فتخرق ويضمن ما ليس من ثياب القصارة؛ لأنه ليس بأجير فيما ليس من ثياب القصارة، فيكون الأجير والأجنبي في ذلك سواء.

١٤٠٨٥ - وكذلك إذا استأجر رجلاً ليخدمه، فوقع شيء من يده من متاع البيت، أو سقط على شيء من متاع البيت، فأفسده فإنه لا ضمان عليه؛ لأنه أجير في حق الواقع

والموقع عليه؛ لأنه استؤجر للخدمة، وإنما يستأجر للخدمة ليرفع متاع البيت ويضع، فيكون بمنزلة أجير القصار إذا دق فخرق ثوباً من ثياب القصارة، بخلاف ما لو سقط على وديعة كانت عنده[1] صاحب البيت، فأفسده، كان الضمان على الخادم؛ لأنه ليس بأجير فيما كان عنده من الوديعة، فيكون هو والأجنبي سواء كان بمنزلة أجير القصار إذا سقط من يده شيء، فوقع على ثوب ليس من ثياب القصارة، فأفسده، ولو كان كذلك يضمن، فكذلك هذا.

وهذا بخلاف المودع إذا سقط من يده شيء فوقع على الوديعة فأفسدها يضمن، وههنا قال: لا يضمن، وذلك لأن المودع مأمور بالحفظ والإمساك في الوديعة غير مأمور بالتصرف فيها، فإذا سقط من يده عليها شيء كان ضامناً؛ لأنه لم يتولد هذا من الحفظ، فأما الأجير للخدمة مأمور بالعمل في متاع البيت، لأنه هو الذي يتولى رفعها وضعها، فإذا تولد من ذلك فساد لا يكون عليه ضمان؛ لأنه تولد من عمل مأذون فيه، وكان القياس الوديعة من مسألتنا أن لو سقطت الوديعة من يد المودع، فهلكت وهناك لا ضمان؛ لأن الهلاك حصل من الإمساك، وأنه مأذون فيه، فكذلك هذا.

١٤٠٨٦ - ولو أن أجير القصّار فيما يدق من الثياب انفلتت من المدقة، فوقعت على ثوب، فتخرق فهذا على وجهين: إما إذا انفلتت المدقة أولاً على الثوب قبل أن يقع على الخشبة التي يدق عليها، أو انفلتت بعد ما وقعت على الخشبة التي تدق عليها، فإذا انفلتت قبل أن يقع على ثوب القصارة، وخرق ثوباً إن كان من ثياب القصارة، فلا ضمان عليه، وإنما الضمان على الأستاذ، لأن الخرق حصل من عمل القصارة فيما كان من ثياب القصارة، فيكون بإذن الأستاذ؛ لأنه أجير بالقصارة في حق هذا الثوب، وأجير القصارة لا يضمن ما جنت يده، وإنما يضمن الأستاذ، وإن وقع على ثوب ليس من ثياب القصارة، فإن الأجير يضمن؛ لأن الخرق حصل بغير إذن الأستاذ؛ لأن الإذن بالعمل ثبت بالإجارة، وأنه أجير فيما كان من ثياب القصارة، وليس بأجير فيما ليس من ثياب القصارة، فيكون هو والأجنبي في ذلك سواء، فأما إذا انفلتت المدقة بعد ما وقعت على الخشبة التي يدق عليها ثياب القصارة، فأصابت ثوباً آخر، ذكر في ظاهر الرواية أنه لا

---

(١) وكذا في الأصل وم، وف "كان" مكان "كانت".

يضمن بلا تفصيل بين أن يكون ذلك الثوب من ثياب القصارة، أو لم يكن من ثيابه.

حكي عن أبي بكر البلخي رحمه الله: أنه كان يقول: يجب أن يكون الجواب فيه كالجواب فيما إذا وقعت المدقة ابتداء على هذا الثوب، وقد ذكر الجواب فيه على التفصيل، فكذلك هذا؛ لأن الإذن بالعمل ثبت بالإجارة، وأنه أجير بالقصارة فيما كان من ثياب القصارة، وليس بأجير فيما ليس من ثياب القصارة، ولكن ظاهر الرواية لم يفصل، فكأنه فرق بين انقلاب المدقة على الثوب الذي ليس من ثياب القصارة قبل وقوعها على الخشبة وبين انقلابها بعد ما وقعت على الخشبة، وعليها ثياب القصارة.

ووجه الفرق بينهما أن الانقلاب متى حصل أولاً على الثوب الذي ليس من ثياب القصارة، فهذا العمل غير مأذون فيه أصلاً؛ لأن الإذن ثبت بالإجارة، وأنه أجير فيما كان من ثوب القصارة، لا فيما ليس من ثياب القصارة، فإذا حصل هذا بغير إذن بقي مقصوراً على الأجير، ولم ينتقل إلى الأستاذ، فكان الضمان على الأجير لا على الأستاذ.

فأما إذا وقع أولاً على الخشبة التي يدق عليها وعليها ثوب القصارة، ثم انقلبت إلى ثوب آخر ليس من ثياب القصارة، فتخرق فهذا العمل حصل بإذن الأستاذ؛ لأنها وقعت على ثوب القصارة أولاً، وأنه أجير في حقه، فيكون مأذوناً في دقه، وإذا كان هذا العمل حاصلاً بإذن الأستاذ انتقل هذا الفعل من العامل إلى الأستاذ، فكان الأستاذ دق بنفسه، ثم انقلبت المدقة بعد ما وقعت على الخشبة التي يدق عليها، وأصاب الثوب، فتخرق، ولو كان كذلك يجب الضمان على الأستاذ لا على الأجير، فكذلك هذا.

وإن أصابت آدمياً يجب أن يكون الجواب فيه على التفصيل الذي ذكرنا في الثوب إن كان الانقلاب على الآدمي قبل أن يقع على الخشبة، فالضمان على الغلام، وإن كان بعد ما وقعت على الخشبة يجب أن يكون الضمان على الأستاذ لا على الأجير، كأن الأستاذ فعل بنفسه.

ولو كسر شيئاً من أداة القصارة على هذا الوجه إن كان مما يدق ويدق عليه بمثله، فلا ضمان عليه؛ لأنه مسلط على استعمال ما يدق، ويدق عليه من جهة الأستاذ، فيكون الكسر حاصلاً بإذن الأستاذ، فلا يضمن، فأما إذا كان مما لا يدق، ولا يدق عليه.

فالأجير ضامن؛ لأن التكسر حصل بغير إذن الأستاذ، فإنه غير مسلط من جهة الأستاذ على استعمال ما لا يدق ولا يدق عليه.

١٤٠٨٧- ولو جفف القصار الثوب على حبل، فمرت به حمولة، فخرقت، لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الهلاك لم يكن من فعله وعمله، وعندهما يضمن؛ لأن هذا مما يمكن التحرز عنه، والسائق ضامن، لأن مشي الدابة منقول إلى السائق، فما تولد من مشيها كان ضمان ذلك على السائق.

وفي العيون: قصار استعان برب الثوب ليدقه معه، فأعانه، وتخرق الثوب، ولا يدري من أي الدقين تخرق، فالضمان كله على القصار، رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله، وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله: أن على القصار نصف القيمة باعتبار الأحوال، لمحمد رحمه الله أن الثوب في ضمان القصار بالقبض، فما حدث فيه يكون في ضمانه إلا أن يعلم أنه من فعل غيره. وهذا يجب أن يكون على قولهما خاصة، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله ينبغي أن لا يضمن القصار أصلا ما لم يعلم أنه تخرق من دقه بناء على أن يد الأجير المشترك يد أمانة عنده، يد ضمان عندهما، أو يكون قوله كقول أبي يوسف رحمه الله اعتبار الأحوال.

١٤٠٨٨- وفي الواقعات: سلم ثوبًا إلى قصار أو خياط، ثم وكل رجلا بقبضه، فدفع إليه القصار غير ذلك الثوب، ثم علم ذلك رب الثوب؛ لأن القصار لا يستبد بالمعاوضة، ولا بالتمليك من رب الثوب، ولا ضمان على الوكيل إذا هلك الثوب في يده؛ لأنه قبض مال القصار بأمره، فكان أمينًا، ولرب الثوب أن يتبع القصار بثوبه.

١٤٠٨٩- وفي المنتقى[1]: رجل عنده ثياب وديعة، فجعل فيها ثوبًا له، ثم طلبها صاحبها، فدفعها كلها إليه، فضاع ثوب المستودع، فالآخذ ضامن له؛ لأن كل من أخذ شيئًا على أنه له، فضاع، فهو ضامن له، وإن كان رب الثوب بعث رجلا ليأخذ ثوبه، فدفع القصار إليه ثوبًا غير ثوب المرسل، إن كان الثوب للقصار، فلا ضمان على الرسول، وإن كان لغيره، ضمن رب الثوب إن شاء، فإن ضمن القصار ثم يرجع على الرسول، وإن ضمن الرسول ثم يرجع على القصار.

---

(١) وكان في الأصل ب.

وسئل القاضي الإمام شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله عمن دفع ثوبه إلى قصار ليقصره اليوم، فلم يقصر اليوم حتى هلك الثوب، هل يضمن القصار؟ قال: نعم.

١٤٠٩٠ - رجل بعث ثوبًا إلى قصار بيد تلميذه، ثم قال للقصار: إذا أصلحته فلا تدفعه إلى تلميذي، فلما أصلحه دفعه إلى تلميذه، فذهب التلميذ بالثوب، هل يضمن القصار؟ فقيل: إن كان التلميذ حين دفع الثوب إلى القصار لم يقل له: هذا ثوب فلان بعث به إليك لا يضمن، وإن كان قال: ذلك للقصار، فإن صدّق القصار التلميذ في ذلك ضمن، وإلا فلا، والله أعلم بالصواب.

## نوع آخر

## في المتفرقات:

١٤٠٩١ - وفي "النوازل": دفع إلى رجل مصحفًا ليعمل فيه، ودفع الغلاف معه، أو دفع سيفًا إلى صيقل ليعمله، ودفع الجفن معه، فسرق لا يضمن الغلاف؛ لأن في الغلاف مودع لا أجير، والمودع لا يضمن إلا ما جنت يداه.

وفي "القدوري": عن محمد رحمه الله أنه قال: يضمن المصحف والغلاف والسيف والجفن؛ لأن السيف لا يستغنى عن الجفن، والمصحف عن الغلاف، فصارا كشيء واحد، وإن أعطى مصحفًا يعمل له غلافًا، أو سكينًا يعمل له نصابًا[1]، فضاع المصحف أو السكين لم يضمن؛ لأنه ما استأجره على إيقاع العمل في غيرها لا فيهما، وهما ليسا تبع لذلك الغير، بخلاف ما تقدم، فكان فيهما كالمودع، وهذا كله على قول محمد رحمه الله، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يضمن إلا ما هلك بصنعه، أو بالتقصير في الحفظ كالمودع، والفتوى على قول أبي حنيفة رحمه الله كما ذكرنا.

١٤٠٩٢ - وفي "المنتقى" عن أبي يوسف رحمه الله: دفع إلى رجل ...ما ...صلاح من جهته شيئًا، فضيع نصابه لم يضمن؛ لأن النصل عنده وديعة؛ لأن العمل في الجفن، وكذلك لو دفع إليه مصحفًا ينقطه بأجر، فضاع غلافه لا يضمن، وكذلك إذا دفع إليه ثوبًا ليرفوه في منديل، فضاع المنديل، وكذلك إذا دفع إليه ميزانًا ليصلح كفته، فضاع

(١) وفي م: ...نصالا

السود الذي يكون به الميزان، ولو دفع إليه ثوبًا يقطع صفة على سرجه، فهو ضامن لصفة والسرج جميعًا؛ لأن العمل فيها -والله أعلم-.

١٤٠٩٣- دفع إلى صائغ[1] ذهبًا ليتخذ له سوارًا منسوجًا، والنسج لم يكن من عمل، فأصلح الذهب وطوّله، ودفعه إلى من ينسجه، فسرق من الثاني، فإن كان الصانع الأول دفعه إلى الثاني بغير أمر مالك، ولم يكن الثاني أجيرًا، ولا تلميذًا له، كان للمالك أن يضمن أيهما شاء في قولهما رحمهما الله، وعند أبي حنيفة رحمه الله: الصانع الأول ضامن، أما الأجير فإن ذكر أنه سرق منه بعد العمل لم يضمن؛ لأنه إذا فرغ من العمل صار يده يد وديعة، أما ما دام في العمل فيده يد ضمان؛ لأنه يتصرف في مال الغير بغير أمره، ومودع المودع إنما لا يضمن عند أبي حنيفة إذا لم يتصرف[2] في الوديعة بغير أمر مالكها -والله أعلم بالصواب-.

وممايتصل بهذا النوع:

الرد في الأجير المشترك نحو القصار والخياط والنساج على الأجير؛ لأن الرد نقض القبض، فإنما يجب على من كان منفعة القبض له، ومنفعة القبض في هذه المواضع للأجير [لأن الأجير][3] عين وهو الأجرة، ولرب الثوب منفعة، والعين خير من المنفعة، وكان منفعة الأجير أكثر، فكان الرد عليه، وهذا بخلاف ما لو آجر عبدًا أو دابة، وفرغ المستأجر، فإنه يجب الرد على صاحب الدابة؛ لأن ثمة للأجير عين، وللمستأجر منفعة، فكان منفعة الأجير أكثر، فكان الرد عليه -والله أعلم بالصواب-.

وممايتصل بهذا النوع:

النخاس أجير مشترك؛ لأنه يبيع للناس، ويشتري لهم بأجر حتى لو ضاع جارية أو غلام عنه، لا يضمنه، لا يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله، وكذلك يتم بأن أجير

(١) وكان في الأصل: صانع.

(٢) هكذا في الأصل: إذا لم يتصرف.

(٣) هكذا في الأصل وم، ف.

مشترك؛ لأنه يحفظ مال الناس بأجر، فمتى ضاع شيء لا بصنعه، كان وجوب الضمان عليه، خلافًا بين أبي حنيفة وصاحبيه، وكذلك الدلال أجير مشترك، فلو دفع الدلال الثوب إلى رجل ليراه، ويشتري، فذهب بالثوب، ولم يظفر به، فلا ضمان على الدلال؛ لأن هذا أمر لا بد منه في البيع، ولو كان في يد الدلال ثوب، فقال له رجل: هذا مالي سرق مني، فدفع الدلال ذلك إلى من أعطاه، فلا ضمان عليه؛ لأن أكثر ما فيه إن الدلال غاصب، إلا أنه قد رده على الغاصب، وغاصب الغاصب يبرأ بالرد على الغاصب.

## ومما يتصل بهذا النوع:

١٤٠٩٤- إذا دفع إلى قصار ثوبًا، فلما سلمه القصار إليه، قال: ليس هذا ثوبي، قال محمد رحمه الله: القول قول القصار مع يمينه في قول من يضمن القصار، وفي قول من لا يضمن، ولكن لا يصدق في الأجر، ولا أجر عليه، وإنما كان القول قول القصار؛ لأنه إن اعتبر ضمينًا، فالقول قول الضمين في مثل هذا كالغاصب، يقول: هذا هو الذي غصبته، فإن اعتبر أمينًا، فكذلك كالمودع إن قال: هذا هو الذي أودعتني، إلا أنه لا يستحق الأجر؛ لأن الضمين والأمين إنما يصدقان في حق دفع الضمان عن أنفسهما، أما في إيجاب الضمان على غيرهما فلا؛ لأن المدعي في ذلك الأجير، والمنكر هو المستأجر؛ لأن الأجرة لا تملك بنفس العقد، إنما تجب باستيفاء المنفعة المعقود عليها، ولم يعلم استيفاؤها.

١٤٠٩٥- وفي فتاوى الفضلي: استأجر حمالًا ليحمل له حمولة إلى بلد كذا، ويسلمها إلى السمسار، فحملها، فقال السمسار للحمال: إن وزن الحمولة في التاريخ كذا، وقد نقصت في الوزن، فأنا لا أعطيك من الأجر بحساب ما نقص، ثم اختلفا بعد ذلك، فقال السمسار: أوفيتك الأجر، وكذبه الحمال، فالقول قول الحمال، ولا خصومة لكل واحد منهما قبل صاحبه؛ لأنه لا سبيل بينهما، إنما الخصومة بين الحمال وبين صاحب الحمل.

١٤٠٩٦- وفي "العيون" عن محمد رحمه الله: فيمن دفع إلى ملاح أكرار حنطة

يحمل كل كر بكذا، فلما بلغا موضع الشرط، قال رب الطعام: نقص طعامي، وقد كان كاله على الملاح، وقال الملاح: لم ينقص، فالقول لصاحب الطعام، ويقال للملاح: كِلْهُ حتى تأخذ منه من كل كر مقدار ما سمّى، ولو طلب ضمان الملاح، وقد كان دفع إليه أجره، فالقول للملاح إن الطعام وافٍ، ويقال لصاحب الطعام: كِلْهُ حتى تضمنه ما نقص من طعامك؛ لأن في الوجه الأول الملاح يدعي زيادة الأجر، وصاحب الطعام منكر، لما ذكرنا أن الأجرة إنما يجب بالعمل لا بنفس العقد، وفي الوجه الثاني صاحب الطعام يدعي وجوب رد شيء من الأجر بحسابه، والملاح ينكر، ثم قال: ههنا يقال لصاحب الطعام: كِلْهُ حتى تضمنه ما نقص من طعامك، فيحتمل أن يكون المراد به حتى تسترد من الأجر بقدر ما نقص من طعامك، ويحتمل أنه أراد به تضمين ما انتقص من الطعام، كما هو ظاهر اللفظ. فإن كان المراد به الأول، فهو ظاهر على قول الكل، وإن كان المراد به الثاني، فهذا على قول محمد رحمه الله خاصة، أو على قوله: وقول أبي يوسف رحمه الله على ما ذكرنا فيما إذا قال الأجير المشترك قد رددت، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله ليس لصاحب الطعام تضمين الملاح إلا بجناية أو تقصير منه على ما ذكرنا غير مرة، والفتوى على قوله.

١٤٠٩٧- وفي «النوازل»: راكب سفينة، قال له صاحب السفينة حملتك بدرهمين، فهات الدرهمين، وقال الراكب: بل استأجرتني لأحفظ السكان بدرهمين، فهات الدرهمين، وأقاما البينة تقبل بينة الراكب؛ لأن صاحب السفينة حيث استأجر ليحفظ السكان، فقد أذن له بأن يركب، كذا ذكر ههنا.

١٤٠٩٨- وذكر بعد هذا رجل ادعى على آخر أنك استأجرتني لأمسك السكان في سفينتك من ترمذ إلى آمل بعشرة دراهم، وادعى عليه رب السفينة أني حملتك في سفينتي من ترمذ إلى آمل بخمسة دراهم، فالقول لكل واحد منهما مع يمينه، والبداية بيمين أحدهما ليست بأولى البداية بيمين الآخر؛ لاستواء حالهما في الدعوى والإنكار، فللقاضي أن يبدأ بأحدهما، وإن أقرع تَطْيِيبًا للقلوب فحسن، ولا أجر لكل واحد منهما على صاحبه، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة الملاح، وله على صاحب السفينة عشرة دراهم، ولا أجر لصاحب السفينة على الملاح؛ لأن الأمرين جميعاً لو كانا لكان إجارة صاحب السفينة انتقضت؛ لأنه لا بد للملاح من كونه في السفينة.

١٤٠٩٩ - ولو ادعى رجل على آخر أني أكريت بغلاً من ترمذ إلى بلخ بعشرة دراهم، وادعى الآخر أنك استأجرتني لأتبعه إلى فلان ببلخ بخمسة دراهم، فالقول لكل واحد منهما مع يمينه، ولا أجر، وإذا أقاما البينة فبينة صاحب البغل أولى؛ لأن حفظ البغل واجب على غير صاحب البغل على تقدير ثبوت الأمرين، فلا يجوز الإجارة على ذلك تقدمت أو تأخرت، ولا يجب الأجر.

وفي الوجيز: أجير دار استأجره ليحفظ ... أحد الدار ويكنسها ويمسكها، فقال المستأجر: كان في ثيابي دراهم فكنستها وألقيتها، فإن صدقه رب الدار في ذلك ضمن، وإن أنكر فالقول له مع يمينه؛ لأن المستأجر يدعي عليه ضماناً وهو ينكر، والله أعلم بالصواب.

ومما يتصل بهذا:

١٤١٠٠ - إذا دفع غزلاً إلى نساج لينسجه، أو دفع ثوباً إلى قصار ليقصره، أو إلى صباغ ليصبغه، فجحد المدفوع إليه الغزل والثوب، وحلف على ذلك، ثم أقر وجاء به منسوجاً أو مقصوراً أو مصبوغاً، فإن كان قد عمل قبل الجحود فله الأجر؛ لأنه عمل حال قيام الإجارة، فاستحق الأجر، وإن كان عمل بعد الجحود، ففي النساج الثوب للنساج، وهو ضامن لصاحبه غزلاً مثل غزله؛ لأنه بالجحود صار غاصباً للغزل[1]، ومن غصب غزلاً ونسجه يبطل حق المالك، وضمن مثل ذلك الغزل؛ لأن الغزل من ذوات الأمثال، ولا أجر له؛ لأنه عمل لنفسه، وفي القصار الثوب لصاحبه، ولا أجر له؛ لأنه ليس له في الثوب عين مال قائم، وقد عمل بعد بطلان الإجارة، وفي الصباغ يخيّر رب الثوب، إن شاء أعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه؛ لأن له عين مال قائم في الثوب وهو الصبغ، بخلاف القصار، وإن شاء ترك عليه ثوبه وضمنه قيمته أبيض كما في الغصب.

(١) وزاد في الأصل: لأنه عمل حال قيام الإجارة فصار غاصباً ... إلخ

١٤١٠١ هذه المسألة في "العيون"، وفي "واقعات الناطفي": ثوب مخيط قال رب الثوب: أنا خطته، وقال الخياط: أنا خطته، فإن كان في يد رب الثوب، أو في داره، فالقول قول رب الثوب مع يمينه؛ لأنه ينكر ما يدعيه الخياط، فإذا حلف لا أجر عليه، وإن كان في يد الخياط، أو في أيديهما، فالقول للخياط مع يمينه؛ لأن الظاهر شاهد له، فإذا حلف فله الأجر على رب الثوب -والله أعلم بالصواب-.

## الفصل التاسع والعشرون

## في التوكيل في الإجارة

١٤١٠٢ - وإذا وكّل الرجل رجلاً بأن يستأجر له داراً بعينها ببدل معلوم، ففعل، فالآجر يطالب الوكيل بالأجرة، والوكيل يطالب الموكل، وللوكيل أن يطالب الموكل بالأجرة، وإن لم يطالبه الآجر، وإذا وهب الآجر الأجر من الوكيل، أو أبرأه، صحّ، وللوكيل أن يرجع بالأجر على الأجر(١)، الوكيل باستئجار الدار إذا ناقض الإجارة مع الآجر، إن لم يكن الوكيل قبض الدار المستأجرة، فمناقضته صحيحة قياساً واستحساناً، وإن قبضه، فالقياس أن يصح المناقضة، وفي الاستحسان: لا يصح.

إذا وكله أن يستأجر داراً له شهراً، فاستأجرها شهرين، فالشهر الأول للموكل، والشهر الثاني للوكيل.

١٤١٠٣ - وإذا وكّل رجلين باستئجار دار أو أرض، فاستأجر أحدهما، وقع العقد له؛ لأن أحد الوكيلين لا ينفرد بالاستئجار، فتعذر إيقاع العقد للموكل، فيقع للوكيل، فإن دفعها الوكيل إلى الموكل، انعقدت بينه وبين الموكل إجارة مبتدأة بالتعاطي، وهذه المسألة نص أن الإجارة تنعقد بالتعاطي.

١٤١٠٤ - وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله، وفي «الأمالي» عن أبي يوسف رحمه الله: رجل أمر رجلاً أن يؤاجر داره، أو أرضه من رجل بأجر معلوم، ففعل، ثم إن المؤاجر نقض المستأجر الإجارة، فالنقض جائز، ولا ضمان على المؤاجر، ولو كان الأجر شيئاً بعينه، ونقض الأجر ذلك لا يجوز مناقضته على الآمر، والفرق أن في المسألة الثانية الأجر صار مملوكاً للآمر(٢)، فالمؤاجر بالنقض يريد إزالة ذلك عن ملك الآمر، أما في المسألة الأولى الآمر لم يملك شيئاً، فالمؤاجر بالنقض لا يزيل ملكه عن شيء فافترقا.

(١) كذا في الأصل وم، وكان في ظ، وف: «الآمر» مكان «الأجر».

(٢) وفي ف: «للآجر» مكان «للآمر».

ف ١٤١٠٣ وإذا وكل الرجل رجلا أن يستأجر له دارًا بعينها من رجل هذه السنة بمائة درهم، فاستأجرها الوكيل، وقبضها من المؤاجر، وأراد الموكل أخذها من الوكيل، فمنعها الوكيل حتى يأخذ الأجر، فهذه المسألة على وجوه. الأول: أن تكون الأجرة مطلقة، وفي هذا الوجه ليس للوكيل أن يحبس الدار من الموكل، لأن الوكيل بالاستئجار في حق الحقوق كأنه استأجر لنفسه، ثم آجر من الموكل، ولو كان هكذا فكان الأجر مطلقًا، لم يكن للوكيل منع الدار لأجل الأجرة؛ لأن الأجرة لا تملك بنفس العقد، فكذا ههنا، فإن منعها الوكيل مع أنه ليس له حق المنع حتى مضت السنة، فالأجر واجب على الوكيل؛ لأن الوكيل في حق الحقوق بمنزلة العاقد لنفسه، والأجر من حقوق العقد.

ولو استأجر الدار لنفسه سنة، وقبض الدار مدة الإجارة كان عليه الأجر، وإن لم يسكن، كذا ههنا، ويرجع الوكيل على الموكل بالأجرة؛ لأن الوكيل قبض الدار من الآجر، وله حق القبض، وقبض الوكيل متى حصل بحق، فهو بمنزلة قبض الموكل في حق المعقود عليه؛ لأن يد الوكيل في حق المعقود عليه الذي يقابله البدل يد أمانة ونيابة، وللمستفيد حكم الوجود ثبتًا فثبتًا في حق حكم العقد، فإذا صار يد الوكيل كيد الموكل، صار كأن المنافع وجدت شيئًا فشيئًا في يد الموكل، فلا يسقط شيء من الأجر إلا إذا خرج يد الوكيل من أن يكون يد الموكل، وذلك بأحد معنيين، بأن يحبس الوكيل العين بالبدل حتى تصير يد الوكيل يد ضمان بحكم العقد، وذلك لم يوجد ههنا؛ لأنه ليس للوكيل ههنا حق الحبس بالأجرة.

والثاني: أن يصير الوكيل غاصبًا، ولا يمكن تحقيق الغصب ههنا، لا في حق المنافع؛ لأن المنافع ليست بمحل للغصب عندنا، ولا في حق العين؛ لأنه لو اعتبر غاصبًا للعين إما أن يعتبر من الآجر أو من الموكل، لا وجه إلى الأول؛ لأن قبض الوكيل الدار من الآجر حصل بحكم العقد، ولا وجه إلى الثاني؛ لأن الوكيل[1] ليس بمالك للعين، والغصب من غير المالك لا يتصور، وإذا لم ينقلب يد الوكيل يد غصب، ولا يد ضمان بحكم الحبس، بقيت يد الوكيل يد أمانة، فصار حدوث المنافع في يد الوكيل وحدوثها في يد الموكل سواء.

---

(١) هكذا كان في الأصل وظ، وكان في ب وم: «الموكل».

الوجه الثاني : أن يكون الأجر مؤجلا إلى سنة ، والجواب في هذا الوجه نظير الجواب في الوجه الأول ، والكلام في هذا الوجه أظهر ؛ لأن العقد إذا كان مطلقًا فالأجرة لا تجب إلا بالسكنى ، وإذا كان الأجر مؤجلا لا يجب إلا بعد السنة ، فكان انعدام حق الحبس للوكيل ههنا أظهر وأبين ، فكان أولى بأن لا يتبدل يده عن النيابة والأمانة بالضمان .

١٤١٠٦- ولو غصب رجل أجنبي الدار من المستأجر ، أو من الآجر حتى تمت السنة ، لم يجب عليهما أجر ؛ لأن يد الغاصب ليس كيد الوكيل ، ولا كيد الآجر فيما يرجع إلى حكم العقد ، والمنافع تحدث شيئًا فشيئًا ، فحصل هلاك المعقود قبل قبض العاقد ، وقبل قبض من وقع له العقد ، فأوجب سقوط الأجر ، بخلاف الفصل الأول ؛ لأن هلاك الدار في يد الوكيل عند حدوث المنفعة حقيقةً ، ويد الوكيل يد الموكل حكمًا ، فحصل هلاك المقصود على بعد قبض من وقع له العقد من حيث الحكم ، فلذا لم يسقط الأجر .

ورأيت في تعليق جدّي القاضي الإمام الأجل جمال الدين رحمه الله ذكر في بعض الروايات : أن الوكيل في هذه الصورة لا يرجع بالأجر على الآمر[1] استحسانًا .

قال ثمة وهو الصحيح ، فكأنه مال إلى أن الوكيل بالحبس صار غاصبَ الدار[2] من الآمر ، والغصب من غير المالك متصور في الجملة ، فصار هذا ما لو غصبه أجنبي سواء ، وهكذا روى ابن سماعة رحمه الله في "نوادره" عن أبي يوسف رحمه الله ، وأشار جدّي إلى المعنى ، فقال : قبض الوكيل كقبض الموكل ، لوقوع قبض الوكيل أولا للموكل ، وصار الوكيل بالسكنى بعد ذلك غاصبًا للسكنى من الموكل ، فيوجب ذلك سقوط الأجر عن الموكل ، وأشار ابن سماعة رحمه الله إلى المعنى لأبي يوسف رحمه الله ، فقال : الوكيل بالاستئجار في حق الحقوق كأن استأجر لنفسه ، ثم آجر من الموكل حكمًا ، ولو كان هذا حقيقة ، ولم يسلم الوكيل الدار إلى الموكل حتى مضت المدة ، لم يستحق الوكيل الأجر على الموكل ، كذا ههنا .

---

(١) هكذا في ظ، ف، وفي م: "لا يرجع بالأجر على الآجر" وكان في الأصل "لا يرجع الآجر بالأجر".

(٢) هكذا في ف و م و ظ، وكان في الأصل: غاصبًا للدار.

١٤١٠٢ - قال : وكذلك لو كان الآمر قبض الدار من الوكيل ، ثم تعدّى عليها الوكيل ، فأخرجها من يد الآمر ، حتى مضت السنة ، لزم الأجر لرب الدار على الوكيل ، ويرجع الوكيل بها على الآمر ؛ لأن الوكيل قبض الدار ، وله حق القبض ، فصار الموكل قابضًا بقبضه حكمًا ، فلو سقط الأجر عن الآمر إنما يسقط إذا خرج يد الوكيل من أن يكون يد الموكل ، ولم تخرج على ما مرّ . فإن انهدمت الدار من سكنى الوكيل ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه لم يصر غاصبًا الدار من الآمر ، لما مرّ ، ولم يصر غاصبًا من الأجر ؛ لأنه قبضها من الأجر ، وله حق القبض ، وكذلك لم يصر غاصبًا بالسكنى ؛ لأن أكثر ما في الباب أنه شرط سكنى الآمر إلا أن السكنى مثل السكنى ، ألا ترى أن من استأجر دارًا يسكنها لنفسه ، فأسكنها غيره بأجر ، أو بغير أجر لم يصر مخالفًا ، حتى يلزمه الأجر ، فههنا كذلك .

قال محمد رحمه الله في هذه المسألة الأولى أن الوكيل يرجع بالأجر على الآمر في القياس ، وإنما أراد به - والله أعلم - القياس على الوكيل بالشراء ، فإن الوكيل بالشراء إذا حبس وليس له حق الحبس حتى هلك ، لا يسقط الثمن عن الآمر ، فكذا لا يسقط الأجر عن الموكل ههنا

هذا الذي ذكرنا إذا استأجر الوكيل الدار سنة بمائة درهم مؤجلة أو مطلقة ، وأما إذا شرط الوكيل بتعجيل الأجرة صحّ عليه وعلى الآمر ؛ لأن الأمر مطلق ، وتعجيل الأجر الوكيل ذلك كالوكيل بالبيع المطلق يملك البيع بالأجل المعتاد بالاتفاق ، فههنا كذلك ، فإن قبض الوكيل الدار ، ودفع الأجرة ، أو لم يدفعه ، فله أن يمنع الدار من الآجر حتى يستوفي الأجر ؛ لما ذكرنا أن الوكيل بالاستئجار في حق حقوق العقد كأنه استأجره لنفسه ، ثم آجره من موكله ، ولو استأجره لنفسه ، ثم آجره من موكله بشرط تعجيل الأجر ، كان له حق حبس الدار ، كذا ههنا .

فإذا منع الوكيل الدار من الموكل بعد ما طلب الموكل حتى مضت السنة ، والدار في يد الوكيل ، فالأجر للآجر على الوكيل لما مرّ ، ولا يرجع به على الآمر ؛ لأنه لما حبس الدار من الآمر ، وله حق الحبس خرجت يد الموكل من أن يكون يد أمانة ونيابة ، فلم تصر المنافع حادثة في يد الموكل حكمًا ، فلم يجب الأجر على الموكل ، وصار كالوكيل بشراء

العين إذا قبض العين، وطلبه الآمر، فمنعه عنه الوكيل، ثم هلك في يد الوكيل، وهناك يبطل عن الآمر الثمن لتبدل يده، كذا ههنا.

فلو لم يطلب الآمر الدار حتى مضت السنة، لزم الوكيل الأجر، ورجع به على الآمر؛ لأن الآمر صار قابضاً للدار بقبض الوكيل، فلو تبدلت يد الوكيل إنما تتبدل بالمنع، وذلك إنما يكون بعد الطلب، ولم يوجد، فصار يد الوكيل نائباً على حكم النيابة، كما في التوكيل بشراء العين.

وإن مضت نصف السنة، ثم طلب الآمر الدار، فمنع الوكيل منه حتى تمت السنة، وجب الأجر كله على الوكيل، ويرجع على الآمر بحصة ما كان قبل الطلب، ولا يرجع بحصة ما بعد الطلب والمنع اعتباراً للبعض بالكل، وصار كالوكيل بشراء الأعيان إذا هلك بعضها في يده قبل طلب الموكل، وبعضها بعد طلب الموكل، ومنع الوكيل، فالوكيل يؤاخذ بالثمن كله، ويرجع على الآمر بحصة ما هلك بعد المنع والطلب، كذا ههنا.

١٤١٠٨ –وفي "نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله": رجل أمر رجلاً أن يستأجر له أرضاً بعينها، فاستأجره المأمور كما أمر الآمر به، ثم إن الآمر اشترى[1] الأرض لنفسه بعد ذلك من صاحبها، وهو لا تعلم بالإجارة، ثم علم فإن لا يكون له أن يردها، ويكون في يده بحكم الإجارة، معنى قوله: لا يردها: لا يرد الإجارة؛ لأن استئجار المأمور للآمر قد صح، ونفذ[2] على الآمر، وتعلق به حق الآمر، فلا يملك إبطال حقه بالنقض، والرد عليه.

وفيه أيضاً: الوكيل باستئجار الدار بعينها بعشرة إذا استأجرها بخمسة عشرة، ودفعها إلى الموكل، وقال: إنما استأجرتها بعشرة، فلا أجر على الآمر، وعلى الوكيل الأجر لرب الدار؛ لأن العقد ههنا نفذ على الوكيل لمكان الخلاف، وهذه المسألة دليل أن الإجارة لا تنعقد بالتعاطي.

١٤١٠٩ وفي "نوادر إبراهيم": عن محمد رحمه الله: الوكيل بإجارة الأراضي

---

(١) وفي م "استأجر" مكان "اشترى".

(٢) مكان في م "نفذ".

إذا دفع الأراضي مزارعة، إن كان البذر من قبل الوكيل لا يجوز، وإن كان من قبل المزارع جاز ؛ لأن البذر إن كان[1] من قبل المزارع يصير المزارع مستأجراً، والوكيل مؤاجراً، ولا كذلك ما إذا كان البذر من قبل الوكيل.

وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف رحمه الله : في الوكيل بإجارة الدار بعشرة إذا أجرها بخمسة عشر، فهو فاسد، ويتصدق بالخمسة إن كان قد أخذها.

وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله : رجل أجر رجلاً داراً، ثم إنه استحقها رجل ببينة قامت له على الدار، وقال : كنت دفعت إلى الآجر، وأمرته أن يؤاجرها لي، فالأجر لي، وقال الآجر : كنت غصبتها منه، وأجرتها، فالأجر لي، فالقول قول رب الدار ؛ لأن الظاهر شاهد له ؛ لأن الظاهر أن الإنسان إنما يتصرف في ملك الغير لذلك الغير، وإن أقام الآجر بينة على ما ادعى من الغصب، لا تقبل بينته ؛ لأنه بهذه البينة يريد إبطال قول المستحق، والبينات شرعت للإثبات لا للإبطال، وإن أقام بينة على إقرار المستحق بما ادعى من الغصب، قبلت بينته، وكانت الأجرة له ؛ لأنه بهذه البينة لا يبطل قول المستحق، إنما يثبت إقراره بالغصب، ثم إذا ثبت الغصب يترتب عليه حكم الأجرة.

ولو كان الآجر بنى في الأرض بناء، ثم أجرها مبنية، فقال رب الأرض : أمرتك أن تبني وتؤاجر، وقال الآجر : غصبتك وبنيت وأجرت، قال : يقسم الأجر على قيمة الأرض غير مبنية وعلى البناء، فما أصاب الأرض فهو لرب الأرض، وما أصاب البناء، فهو للغاصب ؛ لأن في البناء الظاهر شاهد للغاصب ؛ لأن البناء في يده . والله أعلم بالصواب .

---

(١) زيد في بيد : كان.

## الفصل الثلاثون
## في الإجارة الطويلة الموسومة ببخاري

١١٠٤١٤ - قال محمد رحمه الله في كتاب الشروط. في الرجلين أجرا من رجل دارًا عشر سنين، فخاف المستأجر أن يخرجاه منها، فأراد أن يستوثق من ذلك، فالحيلة أن يستأجر كل شهر من الشهور الأول بدرهم، والشهر الأخير ببقية الأجر، فإن معظم الأجر إذا كان للشهر الأخير، فهما لا يخرجانه عن الدار، ومن هذه المسألة استخرجوا الإجارة الطويلة الموسومة ببخاري، وجعلوا أجر السنين المتقدمة شيئًا قليلاً، وجعلوا معظم الأجر للسنة الأخيرة.

وحكي أن في الابتداء كانوا يكتبون بيع المعاملة، فلما كان في زمن الفقيه محمد بن إبراهيم الميداني رحمهما الله كره ذلك؛ لمكان شبهة الربا، وأحدث هذا النوع من الإجارة ليصل الناس إلى الاسترباح بأموالهم، فيحصل لهم منفعة الدار والأرض مع الأمن عن ذهاب شيء مقصود من المال، فيجعل بمقابلة السنين المتقدمة شيئًا قليلاً من الأجر، ويجعل بقية المال بمقابلة السنة الأخيرة، واستثنى ثلاثة أيام من آخر كل سنة، وشرط الخيار لكل واحد منهما في هذه الأيام الثلاثة.

وقد أخبرني من أثق به أني وجدت الإجارة الطويلة الموسومة في فتاوى قديمة مروية عن محمد رحمه الله برواية الشيخ الإمام الزاد أبي حفص الكبير رحمه الله، وإنما شرط الخيار لكل واحد منهما ليتمكن كل واحد منهما من الفسخ، فيصل إلى أصل ماله بواسطة الفسخ، وإنما استثنى ثلاثة أيام آخر كل شهر حتى يشترط الخيار في هذه الأيام المستثناة، فيكون شرط الخيار في غير الأيام الداخلة في العقد، إذ لو كان شرط الخيار في الأيام الداخلة في العقد يزيد الخيار على ثلاثة أيام في العقد، وأنه يفسد العقد عند أبي حنيفة رحمه الله، أما إذا شرط الخيار في الأيام المستثناة عن العقد، كان هذا اشتراط زيادة على ثلاثة أيام في غير العقد، وأنه لا يفسد العقد.

ولأنا إذا شرطنا الخيار في الأيام المتخللة في العقد، لا يصح الفسخ من غير محضر من صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، فشرطنا الخيار في هذه الأيام المستثناة عن العقد ليتمكن كل واحد منهما من الفسخ بغير محضر من صاحبه، لأن الفسخ حينئذ يكون امتناعًا من لزوم العقد بعد هذه الأيام، ولا يشترط حضرة صاحبه.

وكان الشيخ الإمام الكبير أبو بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله يفتي بجواز هذه الإجارة، وكذا من بعده من الأئمة ببخارى إلى يومنا هذا، وكان الزهاد من مشايخ الشيخ الإمام أبي بكر بن حامد، والشيخ الإمام أبي حفص السفكردري رحمهما الله وأمثالهما كانوا لا يفتون بجواز هذه الإجارة، وكانوا يقولون في ما يشبه الربا، وليس الأمر كما قالوه.

وبيان الشبهة أن هذا عقد واحد؛ لأنه حصل بإيجاب واحد، فإذا شرط الخيار ثلاثة أيام في آخر كل ستة أشهر أو في آخر كل سنة تزيد مدة الخيار على ثلاثة أيام، واشتراط الخيار في عقد واحد زيادة على ثلاثة أيام يوجب فساد العقد على قول أبي حنيفة رحمه الله.

وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تمكن شبهة أخرى، وبيان ذلك: أنهما إذا عقدا عقد الإجارة في غرة الشهر، أو في وسط الشهر، وشرطا الخيار في آخر كل سنة، فإن تلك السنة كلها تصير أيام خيار عنده، وكذلك السنة الثانية والثالثة إلى آخر المدة، فلا يفيد العقد فائدة، وقاسوا هذه المسألة على مسألة أخرى على مذهب أبي يوسف رحمه الله، وصورتها: رجل اشترى من آخر عبدًا أو ثوبًا على رأس شهر على أنه بالخيار فيه آخر يوم من هذا الشهر، أن ذلك الشهر خيار كله[1].

والمعنى المجوّز دفع حاجة الناس بأموال الغير؛ لأن الإنسان لا يقرض غيره شيئًا كثيرًا من ماله من غير أن يطمع فيه، وحصول نفع مثله إلا نادرًا، وبذلك الناس لا تقوم الحوائج، فكان في تجويز هذه الإجارة تعديل النظر من الجانبين.

ثم اختلف المشايخ رحمهم الله الذين قالوا بجواز هذه الإجارة فيما بينهم[2]

(١) وفي م: أن ذلك خيار كله.

(٢) هكذا في الأصل و ف، وكذا في ظ، وفي م: [illegible]

واحداً أو عقوداً مختلفة، بعضهم قالوا: يعتبر عقوداً مختلفة حتى لا تزيد مدة الخيار ثلاثة أيام في عقد واحد فيفسد به العقد عند أبي حنيفة رحمه الله، وبعضهم قالوا: يعتبر عقداً واحداً؛ لأنا لو اعتبرناها عقوداً فما سوى العقد الأول يكون مضافاً، وفي الإجارة المضافة لا يملك الأجرة بالتعجيل، ولا باشتراط التعجيل، والغرض من هذه الإجارة ملك الأجرة.

ويبتنى على هذا الاختلاف إجارة دار اليتيم إجارة طويلة، واستئجار الدار لليتيم بإجارة طويلة، ووجه البناء أن هذا العقد لا شك أنه لا يجوز في المدة التي يصيب بها قليل الأجرة في الإجارة، وكثيرة الأجرة في الاستئجار، وهل يتعدى الفساد إلى الباقي؟ فمن جعله عقوداً قال: لا يتعدى، ومن جعله عقداً واحداً، قال: يتعدى.

وبعض المحققين من مشايخنا رحمهم الله قالوا: يتعدى الفساد إلى الكل، اعتبرناها عقداً واحداً أو عقوداً؛ إن اعتبرناها عقداً واحداً فظاهر، وإن اعتبرناها عقوداً متفرقة فكذلك؛ لأنها إنما يعتبر عقوداً متفرقة باعتبار استثناء بعض هذه الأيام، أما من حيث اللفظ ومقصود العاقدين، فهما عقد واحد.

أما من حيث اللفظ فلأن الآجر يقول: أجرتك هذه الدار بكذا هذه المدة بهذه الشرائط، والمستأجر يقول: قبلت، استأجرت، وأما من حيث مقصود المتعاقدين، فلأن مقصود المتعاقدين مباشرة عقد واحد، واستثناء بعض هذه المدة من هذا العقد لإتمام ما هو مقصودهما من هذا العقد، وهو التوثيق بالمال مع حصول النفع للمستأجر، ويمكن كل واحد منهما من الفسخ قبل تمام المدة، فهو معنى قولنا: العقد واحد مقصوداً ولفظاً، فإذا فسد البعض ثبت الفساد في الباقي من وجه، فيلحق بالفاسد من كل وجه احتياطاً.

فإن طلب حيلة في جواز هذه الإجارة فالحيلة إذا كانت الدار للصغير أن يجعل مال الإجارة بتمامه للسنة الأخيرة، ويجعل بمقابلة السنين المتقدمة مالاً هو أجر مثله، أو أكثر، ثم يبرئ والد الصغير المستأجر عن أجرة السنين المتقدمة، ويصح إبراؤه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله، وإن أراد يصير مجمعاً عليه يلحق به حكم الحاكم.

والحيلة: إذا استأجر الأب للصغير أن ينظر إلى أجر مثل كل سنة لهذه الدار،

فيحصل مال الإجارة على اعتبار السنين المستأجرة، وللسنين المتقدمة شيئاً قليلاً، صورته: إذا كان مال الإجارة ألف درهم مثلاً، وأجر مثل هذه الدار كل سنة مائة، يجعل بمقابلة عشرين سنة من أوائل هذه السنين شيء قليل، ويجعل بمقابلة العشر سنين المتأخرة ألف إلا شيء قليل، ليجوز ويحصل المقصود.

قال الصدر الشهيد رحمه الله: والأصح عندي أنه يصير عقوداً في حق سائر الأحكام عقداً واحداً في حق ملك الأجرة بالتعجيل، أو باشتراط التعجيل، وعندي أنه لا حاجة إلى هذا التكلف، فإنه يمكن اعتبارها عقداً واحداً.

قوله: يزيد الخيار على ثلاثة أيام في عقد واحد، قلنا: نعم يزيد الخيار على ثلاثة أيام، لكن لا في العقد، فإن من جوّز هذه الإجارة شرط أن يشترط الخيار في هذه الأيام الثلاثة المستثناة التي هي غير داخلة تحت العقد؛ كيلا يزيد الخيار على ثلاثة لأنها في عقد واحد، وإذا كان من شرط جواز هذه الإجارة شرط الخيار في الأيام المستثناة، وأنه غير داخلة في العقد، كان هذا اشتراط الخيار زيادة على ثلاثة أيام في غير أيام العقد، وأنه لا يفسد العقد بالإجماع.

وكذا يمكن اعتبارها عقوداً إن اعتبرناها عقوداً، قوله: بأن الأجرة لا تملك في الإجارة المضافة، قلنا: عن أصحابنا فيه روايتان على ما ذكرنا، فنأخذ بالرواية التي يملك فيها الأجرة بالتعجيل، واشتراط التعجيل، وكما تجوز الإجارة الطويلة في العقار والضياع، يجوز في الدور والحوانيت أيضاً، إذ المعنى لا يوجب الفصل، وهذا كله في الأملاك.

جئنا إلى الأوقاف:

١٤٦٦١ - فنقول: إذا استأجر الأوقاف من المتولي مدة طويلة، فإن كان الواقف شرط أن يؤاجر[1] أكثر من سنة، يجب مراعاة شرطه لا محالة، ولا يفتى بجواز هذه الإجارة، وإن كان لم يشترط شيئاً، فعن جماعة من مشايخنا رحمهم الله أنه لا يجوز أكثر من سنة واحدة.

---

(١) وفي ف: أن لا يؤجر.

وقال الفقيه أبو جعفر: إنما أجوّز في ثلاث سنين، ولا أجوّز فيما زاد على ذلك، والصدر الشهيد الكبير حسام الدين تغمده الله بالرحمة كان يقول في الضياع: نفتي بالجواز في ثلاث سنين إلا إذا كانت المصلحة في عدم الجواز، وفي غير الضياع يفتى بعدم الجواز فيما زاد على سنة واحدة، إلا إذا كانت المصلحة في الجواز، وهذا أمر يختلف باختلاف الزمان والموضع.

ثم إذا استأجر على الوجه الذي جاز، فرخصت أجرتها لا تفسخ الإجارة، وإذا ازداد أجر مثلها بعد مضي بعض المدة، ذكر في فتاوى أهل سمرقند: أنه لا يفسخ العقد، وذكر في شرح الطحاوي أنه يفسخ العقد، ويجدد على ما ازداد، وإلى وقت الفسخ يجب المسمّى لما مضى.

١٤١١٢ - ولو كانت الأرض بحال لا يمكن فسخ الإجارة فيها، بأن كان زرع لم يستحصد بعد، فإلى وقت الزيادة يجب المسمّى بحساب ذلك، وبعد الزيادة إلى تمام السنة يجب أجر مثلها، وزيادة الأجر إنما يعرف إذا ازدادت عند الكل، ذكر الطحاوي هذه الجملة[١] في كتاب المزارعة، وأما في الأملاك لا يفسخ العقد رخص أجر المثل أو غلا باتفاق الروايات.

١٤١١٣ - وإذا استأجرت من آخر دارًا أو أرضًا مقاطعة مدة قصيرة سنة مثلاً، ثم إن الآجر أجرًا من غيره إجارة طويلة لا شك أن الإجارة الطويلة لا تجوز في مدة الإجارة القصيرة - لما ذكرنا أن إجارة المستأجر لا تنعقد أصلاً - فهل تجوز فيما وراءها، فمن جعلها عقدًا واحدًا يقول: لا يجوز، ومن جعلها عقودًا متفرقة يقول: يجوز؛ لأن العقد فيما وراء المدة القصيرة مضاف، وإضافة الإجارة إلى وقت في المستقبل جائزة، فإذا انقضت المدة القصيرة تنفذ الطويلة ضرورة.

١٤١١٤ - وإذا باع الآجر المستأجر في الإجارة الطويلة، ثم جاء وقت الاختيار، هل ينفذ البيع، حكي عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني رحمه الله: أن في المسألة روايتين؛ لأن الإجارة فيما وراء الأيام المستثناة مضافة، فإذا نفذ البيع في أيام الخيار تنفسخ تلك الإجارة، وفي فسخ الإجارة المضافة روايتان على ما مرّ، بعض مشايخ

---

(١) وفي ب: المسألة.

زماننا رحمهم الله قالوا: يجب أن يفتى بعدم النفاذ، احترازا عن التلبيس والاحتيال، فإنهم قد يحتالون ويقولون: قد بعتنا قبل الأيام، وانفسخت الإجارة في الأيام، ويطالبون أجرة ما مضى بعد الفسخ، وربما يزداد ذلك على مال الإجارة، فيؤدي إلى الإضرار بالمستأجر.

وإن باع الآجر المستأجر في الإجارة الطويلة في أيام الفسخ قبل الفسخ، ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: أن هذا الفصل يجب أن يكون على الروايتين أيضاً، كما لو باع قبل الفسخ؛ لأن الإجارة في المدة الثانية[1] مضافة.

وقال الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله: يجب أن يكون نفاذ هذا البيع باتفاق الروايات؛ لأن للآجر ولاية الفسخ في الأيام المستثناة، والبيع دلالة الفسخ، ولا كذلك؛ لأنه ليس للآجر ولاية الفسخ في الإجارة المضافة، فجاز أن يكون في نفاذ بيعه اختلاف الروايتين، وبه ختم -والله أعلم-.

## نوع آخر من هذا الفصل:

قد ذكرنا أن الأيام المستثناة في الإجارة الطويلة غير داخلة تحت العقد[2]، فلو آجر المستأجر المستأجر من غيره يبين تلك الأيام في الإجارة الثانية أنها اليوم العاشر والحادي عشر، والثاني عشر مثلا من شهر كذا، ويستثني نصاً ليبين الداخل من الأيام في العقد الثاني من غير الداخل، هكذا ذكر الحاكم السمرقندي رحمه الله في كتاب الشروط، وهذا إذا كتب ذكر الإجارة الثانية على حدة، أما إذا كتب في الذكر الأول أو على ظهره، فذكر فيه سوى الأيام المستثناة المذكورة فيه يكفي لجواز الإجارة الثانية -والله أعلم بالصواب-.

(١) وفي هـ: المسألة الثانية.

(٢) هكذا في جميع النسخ، وكان في الأصل: تحت العقد، فلو استأجر من غيره يبين تلك الأيام.

## نوع آخر:

اختلف المشايخ في جواز الإجارة الطويلة في فصل، وهو أنه إذا كان بين أحد المتعاقدين بحيث لا يعيش إلى مدة ثلاثين سنة مثله غالبًا، هل تصح هذه الإجارة؟ بعضهم لم يجوّزوا ذلك، وممن لم يجوّز القاضي الإمام أبو عاصم العامري رحمه الله، ووجهه أن الغالب ملحق بالمتيقن في الأحكام، حتى يحكم بموت المفقود بموت أقرانه، فإذا كان الظاهر والغالب أنه لا يعيش إلى هذه المدة، تيقنا بفساد العقد؛ لأن تلك المدة خرجت من الإجارة مجهولة، فتتمكن الجهالة في الباقي، فلا يجوز؛ لأن منفعة الأرض فيما سوى مدة عمره لا تكون مملوكة له، فقد جمع بين المملوك وغيره، والمملوك مجهول، فلا يجوز هذا العقد.

ولأنه بمنزلة التأبيد في الإجارة، كما ذكرنا، والتأقيت شرط جوازها، والتأبيد يبطلها، أقصى ما في الباب أن حياته إلى هذه المدة غير مستحيلة، ولكن قد ذكرنا أن في الأحكام يعتبر الغالب والظاهر.

وبعضهم جوّزوا ذلك، وممن جوّز ذلك الخصّاف؛ لأن العبرة في هذا الباب لصيغة كلا المتعاقدين، وأنه تقتضي التوقيت، فتصح ذلك، ولا عبرة لموت أحد العاقدين قبل انتهاء المدة؛ لأن ذلك عسى يوجد فيما إذا كانت المدة مقدار ما يعيش الإنسان إليه غالبًا، ولا عبرة له.

ونظيره ما إذا تزوج امرأة إلى مائة سنة أن يكون متعة، ولا يكون نكاحًا صحيحًا في الروايات الظاهرة عن أصحابنا، وإن كان لا يعيش إلى هذه المدة غالبًا، ويجعل ذلك بمنزلة نكاح موقت، واعتبر ظاهر حياته في الحال، وجعل ذلك بمنزلة الوقت اليسير.

وإنما جعلنا(١) كذلك لما ذكرنا أن الاعتبار للفظ، وأنه يقتضي التأقيت، فصار النكاح موقتًا، والنكاح الموقت باطل. وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله يقول: إن مشايخنا رحمهم الله يترددون في فساد النكاح في مثل هذه الصورة، بعضهم قالوا: يجوز النكاح في مثل هذه الصورة، ويجعل ذلك التأقيت بمنزلة التأبيد، وهكذا روي

---

(١) وفي م: جعلنا

الخمس من زيادات أبي حنيفة رحمهم الله، ولكنهم قاسوا هذا على ما ذكر في كتاب الطلاق في باب الإيلاء إذا قال: والله لا أقربك إلى خروج الدجال، أو إلى طلوع الشمس من مغربها، فإن هناك لا يصير في القياس مولياً، ويصير مولياً استحساناً، ويجعل في الاستحسان ذلك الوقت بمنزلة التأبيد كذا هنا.

١٤١٦٥ - وإذا استأجر شيئاً إجارة طويلة صحيحة بدنانير دين موصوفة، فأعطاه مكان الدنانير دراهم، ثم تفاسخا العقد، فالآجر يطالب بالدنانير لا بالدراهم؛ لأن التعجيل غير مشروط في الإجارة الطويلة، والأجرة تملك بشرط التعجيل في الإجارة الصحيحة، فإذا أعطى مكان الدنانير دراهم كانت هذه مصارفة بدين واجب، فيصح ويصير المستأجر بإعطاء الدراهم موفياً للدنانير.

ولو كان العقد فاسداً، وباقي المسألة بحالها يطالب الآجر بإعطاء الدراهم؛ لأن الأجرة لا تملك بشرط التعجيل في الإجارة الفاسدة، فلم تصح المصارفة، فلا يصير المستأجر موفياً للدنانير، فلا يجب على الآجر إعطاء الدنانير، وإذا آجر أرضاً، وفي الأرض زرع أو أشجار لا يجوز، وإن أراد حيلة في ذلك، فقد مر ذكره في الفصل الخامس عشر من هذا الكتاب.

١٤١٦٦ - وإذا استأجر كرماً إجارة طويلة، ولم يكن رأى شيئاً من نخيل الكرم والأشجار قبل الإجارة حتى صحت الإجارة، كان للمستأجر خيار الرؤية في الكرم، ولو تصرف في الكرم تصرف الملاك سقط خيار الرؤية، كما في البيع، ولو أكل من ثمار الكرم، فقد قيل: لا يبطل خيار الرؤية؛ لأنه تصرف في الثمرة، وهو المتبوع، لا في المستأجر وهو الكرم، ولو قيل: تبطل، فله وجه أيضاً.

١٤١٦٧ - وإذا قال لغيره: آجرتك داري هذه، أو قال: أرضي هذه على أنك تفسخ العقد متى شئت، كانت الإجارة فاسدة؛ لأن مدة الخيار تزيد على ثلاثة أيام، وفي فتاوى الفضلي: إذا آجر الرجل حانوته مشاهرة، ثم آجره من غيره إجارة طويلة، وأمر الآجر المستأجر إجارة طويلة أن يكون هو الذي يقبض الأجرة من الآجر مشاهرة، ثم مات الآجر بعد ذلك، والمستأجر إجارة طويلة هو الذي يقبض الأجرة، ثم قبض، فهي له إلا أجر الشهر الذي وقعت الإجارة الأولى فيه؛ لأن الإجارة الثانية إنما تصح عند

الشهر الثاني ، لأن بمجيئه تنفسخ الأولى.

ومعنى المسألة أن الإجارة الأولى وقعت صحيحة ، وإنما تمنع صحة الإجارة الثانية ، ولكن للآجر حق الفسخ عند الشهر الثاني ، وإقدامه على الإجارة الثانية دليل الفسخ ، فانفسخ العقد الأول عند الشهر الثاني ، وصحت الإجارة الطويلة ، فإذا طلب المستأجر إجارة طويلة الآخر من المستأجر الأول ، وأجابه المستأجر الأول إلى ذلك ، فقد انعقد بين الأول وبين المستأجر إجارة طويلة إجارة جديدة مشاهرة ، فهو معنى قوله " ما قبض المستأجر الثاني من الأجرة ، فليس له إلا أجر الشهر الذي وقعت فيه الإجارة

قال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله : أراد بقوله . ما قبض المستأجر من الأجرة ، فهي له ما قبض في حال حياة الآجر ؛ لأن بموت الآجر تنفسخ الإجارة ، فما يأخذ بعد ذلك يأخذ بغير حق ، فيلزمه رده على من أخذ منه .

١٤١١٨ وفي الفتاوى الصغرى : إذا آجره داره من رجل إجارة طويلة ، ثم آجر من آخر إجارة طويلة لا يجوز ، ولا ينقلب جائزاً بعد ما انفسخت الأولى بفسخهما ، وإنه مشكل ، وينبغي أن تكون المسألة على روايتين ؛ لأن في الإجارة الطويلة بعض العقود مضافة ، وفي صحة فسخ الإجارة المضافة إليه روايتان ، والإجارة الثانية دليل فسخ الإجارة الأولى كالبيع ، فيجب أن يكون في المسألة روايتان ، كما في البيع - والله أعلم بالصواب - .

## الفصل الحادي والثلاثون

## في الخلاف

١٤١١٩ - إذا استأجر الرجل دارًا، ولم يسم ما يعمل فيها، ينصرف إلى السكنى، وليس له أن يعمل فيها عمل القصارين والحدادين، فإن عمل فانهدم، كان عليه الضمان، ولا أجر عليه، وإن سلم لا أجر عليه قياسًا، وعليه الأجر استحسانًا، والراعي إذا رعى في مكان لم يؤذن له بالرعي فيه، فعطب الغنم، أو ما أشبه ذلك، فصار الراعي ضامنًا لما عطب، ولا أجر له، وإن سلمت الغنم، فالكلام في وجوب الأجر له قياسًا واستحسانًا على ما مر.

١٤١٢٠ - وإذا استأجر ثوبًا ليلبسه مدة معلومة بأجر معلوم، ليس له أن يلبس غيره، فإن ألبس غيره في ذلك الوقت إن هلك ضمن اللابس، ولا أجر عليه، وإن سلم لا أجر عليه أيضًا.

وإذا استأجر دابة بعينها ليركبها إلى مكان معلوم بأجر معلوم، ليس له أن يركب غيره، فإن حمل عليها غيره ضمن، ولا أجر عليه، وإن ركب هو وحمل معه آخر، فسلمت، فعليه الكراء كله، وإن عطبت بعد بلوغها ذلك المكان من ذلك الركوب، فعليه الأجر كله، وهو ضامن لنصف قيمتها.

١٤١٢١ - وإذا استأجر دابة ليذهب في مكان كذا، فذهب بها في مكان آخر، وسلمت الدابة أو هلكت، فلا أجر عليه، والأصل في جنس هذه المسائل أن استيفاء المعقود عليه يوجب الأجر على المستأجر، وعند استيفاء ما ليس بمعقود عليه إنما يجب الأجر على المستأجر إذا تمكن المستأجر من استيفاء ما هو معقود عليه، أما إذا لم يتمكن فلا، ألا ترى أن من استأجر من آخر ثوبًا بعينه ليلبسه، وغصب هذا المستأجر من هذا الآجر ثوبًا آخر، ثم إن المستأجر لبس الثوب المغصوب دون الثوب المستأجر، فإن كان متمكنًا من لبس الثوب المستأجر، بأن كان في بيته، فإنه[1] يجب الأجر على المستأجر في

(١) وكان في الأصل: مكان: فإن

الثوب المستأجر ، وإن لم يكن متمكنا ، بأن غصب رجل الثوب المستأجر من المستأجر لا أجر على المستأجر أصلا لهذا ؛ لأن في الوجه الأول استوفى ما ليس بمعقود عليه ، وهو منافع الثوب المغصوب مع تمكنه من استيفاء ما هو معقود عليه .

وفي الوجه الثاني : استوفى ما ليس بمعقود عليه مع عجزه عن استيفاء ما هو معقود عليه ، ومتى استوفى ما هو معقود عليه وزيادة ، فإن سلم العين يسقط اعتبار الزيادة ، فيجب الأجر ، ولا يجب الضمان ، وإن هلك العين بسبب استيفاء تلك الزيادة إن صار المستأجر بسبب استيفاء الزيادة مستعملا كل العين ، يجب ضمان كل العين ، وإن صار مستعملا بعض العين ، يجب ضمان البعض ، وهل يجب الأجر ، ففيما إذا وجب الضمان كل العين لا يجب شيء من الأجر ، وفيما إذا وجب ضمان العين بقدر الزيادة ، يجب كل الأجر ، ومتى كان المستوفى مع ما دخل تحت العقد جنسا واحدا من حيث الاسم ، إلا أن بينهما تفاوت ، فإن كان تفاوتا فاحشا التحقا بجنسين مختلفين ، ولا يعتبر معقوداً عليه ، فباستيفاءه لا يجب الأجر ، وإن كان التفاوت يسيراً ، لا يلتحقان بجنسين مختلفين ، بل يعتبر الجنس واحداً ، ويكون التفاوت راجعا إلى الصفة ، فإن لم يسلم يجب الضمان ، ولا يجب الأجر ، وإن سلم يجب الأجر ، ولا يجب الضمان .

إذا ثبت هذا جئنا إلى مسألة البيت ، فنقول : المعقود عليه لما كان هو السكنى ، فإذا سكن وعمل فيها عمل القصارين والحدادين ، فقد استوفى ما هو معقود عليه ، وهو سكناه إلا أنه استوفى زيادة شيء بسبب عمل القصارين والحدادين ، فإن سلمت الدار سقط اعتبار الزيادة ، وإن هلك الدار ، لا يجب الأجر ، ويجب كل الضمان ؛ لأنه باستيفاء هذه الزيادة صار مستعملا كل الدار ، فيجب كل الضمان عند الهلاك ، ولم يجب شيء من الأجر .

وأما مسألة الراعي : قلنا : إن الراعي في هذا المكان والراعي في المكان الذي أذن بالرعي فيه واحد اسما ، إلا أن بينهما تفاوتا ، وهذا التفاوت يسير في الرعي ، ولهذا صحت الإجارة على الرعي ، وإن لم يبين المكان ، فبقي الجنس واحداً ، فكان هذا اختلافا في الصفة ، فإن الراعي في بعض الأمكنة إنما يكون آجره ، فلهذا كان كما قلنا .

وأما مسألة الثوب قلنا : التفاوت بين اللبسين تفاوت فاحش ، فالتحقا بجنسين

البذر وأنا منه بريء، وهما كذبان، فقد خرج الفيلق كله، فالفيلق كله لها، ولهما عليها قيمة ورق الفرصاد، وإن كان له قيمة، وأجر مثل عملهما في ذلك.

١٤١٢٤- وفي مضاربة[1] فتاوى أبي الليث رحمه الله[1]: إذا دفعت إلى امرأة دودًا لتقوم عليها بنفسها على أن الفيلق بينهما نصفان، فهو بمنزلة الغزيرة، وكل الفيلق لصاحب الدود، وعليها أجر مثل العاملة وثمن الأوراق.

١٤١٢٥- ولو غصب من آخر دود القز، أو بيض الدجاجة، فأمسكها حتى خرج الفيلق والفرخ، لمن يكون الفرخ والفيلق؟ حكي عن شمس الأئمة الحلواني رحمه الله أنه قال: إن أخرج بنفسه فهو لصاحبه، والحيلة في جنس[1] هذه المسائل أن يبيع صاحب البيضة نصف البيضة، وصاحب الدجاجة والبقرة نصف الدجاجة والبقرة من المدفوع إليه، ويبرئه عن ثمن ما اشترى، فيكون بينهما.

١٤١٢٦- رجل له غريم في مصر آخر، فقال لرجل: اذهب إليه وطالب بالدين الذي لي عليه وهو كذا، فإن قبضته، فلك عشرة من ذلك، ففعل فله أجر المثل؛ لأن هذا في معنى قفيز الطحان، فلم يصح هذا العقد، وقد استوفى منافعه بحكم هذا العقد، فيجب أجر المثل - والله أعلم بالصواب -

---

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ط: في جنس.

# الفصل الثالث والثلاثون

## في الاستصناع

قد ذكرنا في كتاب البيوع كيفية الاستصناع، وصفته، وما يجوز فيه، وما لا يجوز، ولم يذكر ثمة المسائل، فنذكرها هنا، ومحمد رحمه الله أورد باب الاستصناع في البيوع والإجارات، فنحن فعلنا هكذا أيضاً اتباعاً له.

والاستصناع أن يكون العين والعمل من الصانع، فأما إذا كان العين من المستصنع لا من الصانع تكون إجارة، ولا يكون استصناعاً، قال محمد رحمه الله: إذا أسلم الرجل إلى حائك في ثوب من قطن ينسجه له، وسمّى عرضه، وطوله وجنسه، ورقته[1] والغزل من الحائك حتى كان استصناعاً، فالقياس أن يجوز؛ لأنه استصناع في عمل معلوم ببدل معلوم، فيجوز، كما في الخفاف والأواني، ولكن استحسن، وقال: لا يجوز؛ لأن جواز الاستصناع بخلاف القياس؛ لأنه بيع المعدوم، ولكن جوز لتعامل الناس ولا تعامل في الثياب، فبقي على أصل القياس، وإن ضرب لذلك أجلاً يصير سلماً، ذكر المسألة في كتاب الإجارات من غير ذكر خلاف.

وذكر في كتاب البيوع من شرح شيخ الإسلام رحمه الله: أن الاستصناع فيما للناس فيه تعامل يصير سلماً بضرب الأجل في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يصير سلماً، وفيما لا تعامل للناس فيه نحو الثياب يصير سلماً بضرب الأجل بالإجماع، وفي القدوري: وإن كان ضرب في الاستصناع أجلاً، فهو بمنزلة السلم يحتاج فيه إلى قبض البدل في المجلس، ولا خيار لواحد منهما في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: ليس بسلم من غير فصل بين ما للناس فيه تعامل، وبين ما لا تعامل لهم فيه، فذكر المسألة في كتاب الإجارات من غير خلاف يؤيد ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله في شرح كتاب البيوع أن فيما لا تعامل فيه يصير الاستصناع سلماً

(1) هكذا في بقية النسخ، وكان في الأصل: وجنسه ورقته يكون إجارة، ولا يكون استصناعاً، فالقياس أن لا يجوز؛ لأنه استصناع ... إلخ.

بضرب الأجل بالإجماع.

١٤١٢٧ - قال محمد رحمه الله: وإذا دفع حديداً إلى حداد ليصنعه إناء سمّاه بأجر مسمّى، فجاء به الحداد على ما أمره به صاحب الحديد، فإنه لا خيار لصاحب الحديد، ويجبر على القبول، ولو خالفه فيما أمره، فإن خالفه من حيث الجنس، بأن أمره بأن يصنع له قدوماً، فصنع له مرّاً، ضمن حديداً مثل حديده، والمر(١) له، ولا خيار لصاحب الحديد، فإن خالفه من حيث الوصف، بأن أمره أن يصنع له منه قدوماً يصلح للنجارة، فصنع له منه قدوماً يصلح لكسر الحطب، فصاحب الحديد بالخيار، إن شاء ضمنه حديداً مثل حديده، وترك القدوم عليه، ولا أجر، وإن شاء أخذ القدوم، وأعطاه الأجر، وكذلك الحكم في كل ما يسلمه إلى عامل ليصنع منه شيئاً سماه، كالجلد يسلمه إلى الإسكاف ليصنعه خفين أو أشبهه.

١٤١٢٨ - رجل سلّم غزلاً إلى حائك لينسجه وأمره أن يزيد في الغزل رطلاً من غزله، فهذا على أربعة أوجه: الأول: أن يقول: أقرضني رطلاً من غزلك على أن أعطيك مثله، وأمره أن ينسج منه ثوباً على صفة معلومة بأجرة معلومة، وأنه جائز استحساناً، سواء كان الاستقراض مشروطاً في عقد الإجارة أو لم يكن، والقياس فيما إذا كان الاستقراض مشروطاً في عقد الإجارة أن لا تجوز الإجارة؛ لأن هذه إجارة شرط فيها ما لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، ولكن تركنا القياس المتعارف للتعامل؛ فإن العرف جار فيما بين الناس أنهم يدفعون غزلاً، ويأمرون الحائك بنسج ثوب مقدر، ولا يفي الغزل للثوب المأمور به، ويشترطون قرض ما يتم به الثوب من عند الحائك، فهذا شرط متعامل فيما بين الناس من غير نكير، فيجوز، ويترك القياس لأجله، كما ترك القياس في الاستصناع للتعامل، وترك القياس فيما إذا اشترى نعلاً على أن يشرك البائع ويحذوه، كان الشراء جائزاً، وإن شرط فيه المشتري أجراً وإجارة؛ لأنه شرط متعارف فيما بين الناس، فكذلك هذا.

وأما الوجه الثاني: إذا قال: زدني رطلاً من غزلك على أن أعطيك غزلاً مثل غزلك، وإنه جائز، ويكون قرضاً.

---

(١) هكذا في ط، وكان في ف، م: "ولا يأخذه" لا يمكن قراءته.

الوجه الثالث: أن يقول: زدني غزلاً بمثلك، ولم يجز أجلاً، ويكون قرضاً، وإنما جعل قرضاً هنا إذا قال: على أن أعطيك مثل غزلك؛ لأنه وإن احتمل البيع يحتمل القرض، فكان حمله على القرض حتى لا يصير بائعاً ما ليس عنده أولى من حمله على البيع، ويصير بائعاً ما ليس عنده، وإنه منهي عنه شرعاً، وإذا سكت إنما جعل قرضاً وإن احتمل الهبة؛ لأنه كما يحتمل الهبة يحتمل القرض، والقرض أقل الضررين؛ لأنه تمليك المنفعة دون العين على ما عرف، والهبة تمليك العين والمنفعة جميعاً، فكان الأقل متيقناً، فكان الأقل أولى بالإثبات.

ثم إن لم يكن مشروطاً في عقد الإجارة جازت الإجارة قياساً واستحساناً، وإن كان مشروطاً، فالمسألة على القياس والاستحسان الذي ذكرنا، فإن وقع الاختلاف بين رب الثوب وبين الحائك بعدما فرغ الحائك من العمل، فقال رب الثوب: لم تزد فيه شيئاً، وقال الحائك: لا، بل زدت، والثوب مستهلك، فإن كان قد هلك قبل أن يعلم وزنه، فالقول قول رب الثوب مع يمينه، وعلى الحائك البينة، فإن نكل رب الثوب عن اليمين ثبت ما ادعاه الحائك، فيلزم رب الثوب ذلك، وإن حلف برئ عما ادعاه الحائك، وإن كان الثوب قائماً، سيأتي الكلام فيه بعد هذا - إن شاء الله تعالى -.

الوجه الرابع: أن يقول: زد رطلاً من غزلك على أن أعطيك ثمن الغزل، وأجر عملك كذا درهماً، فالقياس أن لا يجوز، وفي الاستحسان يجوز، ووجه القياس طرق ثلاثة إن كان ثمن الغزل مشروطاً في الإجارة: أحدها: أنه باع ما ليس عنده لا على وجه السلم، فيكون فاسداً.

والثاني: أنه شرط بيعاً في إجارة، وهذا يوجب فساد الإجارة، كما في إجارة الدور. والثالث: أنه استصناع في حق الزيادة؛ لأن العمل والعين من الحائك، والاستصناع في الثياب لا يجوز، كما لو استصنع من آخر ثوباً، وإن لم يكن مشروطاً، فلا يجوز قياساً لعلتين: إحداهما: بيع شيء ما ليس عنده، وبيع ما ليس عند الإنسان لا يجوز إلا سلماً، ولم يوجد. والثاني: أنه استصناع في حق الزيادة، والاستصناع في الثياب لا يجوز، إلا أنه في الاستحسان يجوز لتعامل الناس، فإن الإنسان قد يدفع غزلاً إلى حائك، ويأمر بنسج الثوب، ويعلم أنه لا يكفي الغزل المدفوع للثوب المأمور

به ، فيشترط عليه زيادة غزل على سبيل الشراء ، أو يدفع غزلاً وعنده أنه يفي هذا الغزل ، فنقص الغزل عن القدر المأمور به ، ولا يجد رب الثوب غزلاً مثله ، فيقول للحائك : زد فيه غزلاً من عندك على أن أعطيك ثمنه ، فإذا كان كلا الأمرين متعارفًا فيما بين الناس ، ترك القياس فيهما ، وخص به الأثر ، وهو النهي الوارد عن بيع ما ليس عنده .

وإذا جاز هذا فإن اختلفا بعد الفراغ من الثوب ، فقال رب الثوب : لم تزد شيئًا ، وقال الحائك : زدت فيه ما أمرتني ، فهذا على وجهين أيضًا ، فإن كان مستهلكًا ذكر أن القول قول رب الثوب مع يمينه على علمه ؛ لأنهما تنازعا في شيء ، ولم يكن معرفة ما وقع التنازع فيه من جهة غيرهما ، فيعتبر فيه الدعوى والإنكار ، والحائك يدعي على صاحب الغزل زيادة ثمن الغزل ، وزيادة الأجر ، ورب الثوب ينكر ، فيكون القول قوله مع يمينه على علمه[1] ؛ لأنه يحلف على فعل الغير ، فيحلف على العلم ، فإن نكل عن اليمين ثبت الزيادة ، فكان عليه جميع ما سمّى للحائك بعضه بإزاء العمل ، وبعضه ثمن الغزل ؛ لأن ما ادعاه الحائك ثبت بنكول رب الثوب ، فكان كالثابت بإقراره .

وإن حلف ولم يثبت الزيادة ، ذكر محمد رحمه الله في الكتاب : أنه يطرح عنه ثمن الغزل ، ويلزمه أجر الثوب ؛ لأنه لم يثبت الزيادة من عند الحائك لما حلف رب الثمن ، فلا يكون له ثمن الغزل ، فيطرح عنه ما يخص الغزل ، ومعرفة ذلك أن يقسم المسمّى على أجر مثل عمله فيما أمر به ، وذلك عمله في من ونصف ، وعلى قيمة الغزل المشروط على الحائك ؛ لأنه قابل المسمّى بالغزل ، وبالعمل في من ونصف ؛ لأن منا من غزل أعطاه المستأجر ونصف من اشترى منه ، فيطرح عنه ثمنه ، وما أصاب العمل ، وهو أجر الثوب يلزمه حتى إنه إن كان المسمّى مثلاً ثلاثة دراهم بإزاء الغزل ، وبإزاء العمل ، وقيمة الغزل درهم ، وأجر مثل عمله فيما أمر به درهمان من المسمّى يطرح عنه درهم ثمن[2] الغزل ، ويقسم ما بقي من المسمّى على أجر مثل عمله فيما عمل ، وفيما لم يعمل ؛ لأنه جعل الأجر بإزاء عمله فيما دفع إليه من الغزل ، وفيما أمره بالزيادة ، ولم يوف العمل فيما أمره بالزيادة ، فلا بد أن يطرح عنه حصة ذلك من الأجر .

(١) هكذا في ظ ، ف وكان في الأصل وم : على أنه عمله .

(٢) وكان في الأصل "من" مكان "ثمن" .

وكيف يعرف حصة ما لم يعمل في الزيادة من الأجر مما عمل، اختلف فيه المشايخ رحمهم الله، قال بعضهم: يعرف باعتبار الوزن إذا كان ما دفع إليه منا من غزل، وقد شرط عليه نصف من يقسم الباقي من المسمى بعد نسج الغزل، وذلك درهمان عليهما أثلاثا، ثلثاه بإزاء ما عمل، وثلثه بإزاء ما لم يعمل، فيطرح عنه الثلث، ولا يعتبر السهولة والصعوبة في العمل بسبب صغر الثوب وكبره، كما في المراحل إذا ماتت الدابة المستأجرة في وسط الطريق، فإنه يطرح بعض الأجر، ويبقى البعض، ثم يعرف قدر الساقط من القائم باعتبار قدر المراحل، لا عبرة فيه للسهولة والصعوبة، وكذلك هذا.

وقال بعضهم: بأنه يعرف قدر الساقط من القائم باعتبار السهولة والصعوبة في العمل بسبب صغر الثوب وكبره، وهذا لأن العمل قد يسهل على الحائك بطول الثوب، ويصعب بقصره، فإنه متى قصر يحتاج إلى الوصل، ولا يعمل إلا قليلا مرارا، ومتى طال يحتاج إلى ذلك مرة واحدة، وهذا التفاوت معتبر فيما بين العملة من هذه الصناعة في زيادة الأجر بسبب صغر الثوب ونقصانه بسبب الكبر، فلا بد[1] من اعتبارهما، وإذا وجب اعتبارهما يجب أن يقسم الباقي من المسمى، وذلك درهمان على أجر مثل عمله في من وأجر مثل عمله في من ونصف، فإن كان أجر مثل عمله في من ونصف درهمان ونصف، وفي من درهمان يكون بإزاء الزيادة نصف درهم، فيطرح عنه من درهمين نصف درهم حصة ما لم يعمل، بخلاف المراحل؛ لأن الصعوبة والسهولة في المراحل متى قلنا بالاعتبار فيما بين أهلها، إذ اشتمال السفر على القطع السهل والصعب؛ فلهذا وجب قدر المراحل في قسمة الأجر، بخلاف ما نحن فيه؛ لأن التفاوت في القصر والكبر معتبر في التفاوت في الأجرة، فلا بد من اعتبارها.

اللهم إلا أن يكون التفاوت بين القصير والطويل بدانق أو بدانقين، فحينئذ لا يكون لهذا التفاوت عبرة في زيادة الأجر ونقصانه، ولم يذكر محمد رحمه الله أن صاحب الثوب يخير، وإنما لم يذكر الخيار، وإن خالفه الحائك في صفة ما أمر به؛ لأنه متى نسج الثوب من من ونصف يكون أطول مما إذا نسجه من من واحد، والطول في الثياب صفة مرغوبة كالصفاقة والرقة؛ لأن الطويل يصلح لنوع لا يصلح له القصير، إلا أن التخيير غير ممكن

(١) وفي م: فلا بد من اعتبارهما، وفي الأصل: فلا بد من حد اعتبارهما.

بعد هلاك الثوب ؛ لأنه لا يمكنه ترك الثوب عليه حتى يضمن غزلاً مثل غزله ، فتعين وجوب الأجر .

ثم ماذا يجب أجر المثل أو المسمّى؟ فعلى قول بعضهم أجر المثل لا يجاوز حصته من المسمّى ، وعلى قول بعضهم إن رضي بالعيب ، فعليه المسمّى بحساب ذلك ، وإن لم يرضَ بالعيب ، فعليه أجر مثل العمل ، لا يجاوز [به][(1)] حصته من المسمّى ، كما قلنا فيما تقدم من المسائل .

ومحمد رحمه الله ذكر الأجر في هذه المسألة مطلقاً ، ولم يقل : المسمّى ، فيجب تخريجها على حسب ما ذكرنا في المسألة الأولى ، فأما إذا كان قائماً إن كان لا يعرف مقدار ما دفع إليه صاحب الغزل ، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان هالكاً من أوله إلى آخره ؛ لأنه تعذر معرفة ما وقع التنازع فيه من حيث الوزن ، وإن كان الثوب قائماً ، فكان الجواب فيه كالجواب فيما إذا كان الثوب مستهلكاً في جميع ما ذكرنا إلا في حكم واحد ، وهو أنه متى حلف ولم يثبت الزيادة له أن يترك الثوب عليه ، ويضمن غزلاً مثل غزله ، فأما ما عدا ذلك فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان مستهلكاً ، فأما إذا كان الثوب قائماً ، وقد عرف مقدار ما دفع إليه من الغزل بأن تصادقا على أن ما دفع إليه من إذا كان الثوب قائماً ، فإنه يوزن الثوب ؛ لأن معرفة ما وقع التنازع فيه ممكن من حيث العيان بالوزن ؛ لأن ما دفع إليه إذا كان معروفاً يعرف الزيادة من حيث الوزن ، فلا يلتفت إلى قول واحد منهما ، بل يوزن الثوب ، فإن وزن فإذا هو من واحد لم يثبت الزيادة بيقين ، فيكون القول قول صاحب الثوب من غير يمين ، وإن كان منوين ، فالقول قول الحائك إن لم يدع رب الثوب أن الزيادة من الدقيق ؛ لأن الزيادة تثبت بتصديق صاحب الثوب ، وإن ادعى أن الزيادة من الدقيق ، فإنه يرى أهل البصر من تلك الصناعة ، فإن قالوا : قد يزيد الدقيق مثل هذا ، فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه ؛ لأن الظاهر صار شاهداً لرب الثوب ، لما قال أهل تلك الصناعة . إن الدقيق يزيد هذا القدر إلا أنه يجعل القول قوله مع اليمين ؛ لأن الزيادة لم يثبت بيقين أنه من الدقيق ، وإنما يثبت بنوع من الظاهر ، وإن قالوا الدقيق لا يزيد هذا القدر صار الظاهر شاهداً للحائك ، فيكون القول قوله ، لكن مع اليمين ؛ لأنه

---

(1) زيد من م .

ثم يثبت ينفي الزيادة بسبب العزل، وإنما يثبت بنوع من الظاهر، فجعلنا القول قوله مع اليمين.

١٤١٢٩ - قال: ولو أن رجلاً دفع سمسماً إلى رجل، فقال: أنقعه وربّه ببنفسج، واعصره على أن أعطيك أجرك درهماً، كان هذا فاسداً؛ لأنه استأجره لعمل مجهول؛ لأنه استأجره لتربية السمسم بالبنفسج، وقدر ما يربى به السمسم من البنفسج مجهول، قد يقل وقد يكثر، فيكون العمل مجهولاً، وجهالة العمل توجب الفساد إلا أن يكون قدر ما يربى به مثل هذا السمسم من البنفسج معروفاً فيما بين الناس، فحينئذ يكون جائزاً؛ لأن المعروف كالمشروط، كما في نقد البلد، فيكون العمل معلوماً، وقد استأجر فأصح أجرٌ.

فرق بين هذا وبينما إذا دفع ثوباً إلى صبّاغ ليصبغ بعصفر، كانت الإجارة جائزة، وإن لم يبين قدر العصفر، وهنا قال: لا يجوز الإجارة إذا لم يبين قدر البنفسج.

ووجه الفرق بينهما من وجهين: الأول: وهو أن قدر ما يصبغ به مثل هذا الثوب من الصبغ معروف فيما بين الصباغين، بحيث لو زادوا على ذلك المقدار تفسد الثوب، والمعروف كالمشروط، ولو كان قدر العصفر مشروطاً جازت الإجارة؛ لأن العمل معلوم، وما يربى بمثل هذا السمسم مقدار معروف من البنفسج بين أهل الصنعة بحيث لا يزاد عليه، فإنه كلما ازداد البنفسج يزداد السمسم خيراً حتى لو كان معروفاً فيما بين التجار بحيث لا يزاد عليه، جاز أيضاً؛ لأن المعروف كالمشروط.

والثاني: أن العرف والتعامل فيما بين الصباغين أنهم يجمعون الثياب من الناس، ويصبغون الكل بصبغة واحدة في وعاء واحد، ولا يفردون ثوب كل واحد من الناس بالصبغ على حدة، فلو شرطنا لجواز هذا العقد بيان مقدار العُصفر، ولا يتهيأ للصبّاغ الامتثال بذلك إلا بعد أن يفرد كل ثوب بالصبغ على حدة، ضاق الأمر عليهم، وما ضاق على الناس اتسع حكمه، هذا المعنى معدوم في تربية السمسم؛ لأنهم يفردون سمسم كل رجل على حدة في التربية، ولا يخلطون سمسم هذا بسمسم الآخر، ومتى خلطوا ضمنوا؛ لأنه يتهيأ لهم التمييز، فلو شرطنا بيان مقدار البنفسج لكل سمسم لا يؤدي إلى أن يضيق الأمر عليهم، فأخذنا في البنفسج بالقياس.

١٤٦٣٠ - قال: وإذا دفع الرجل جلدًا إلى الإسكاف، واستأجره بأجر مسمّى على أن يخرز له خفًا، وسمّى له المقدار والصفة على أن ينعل الإسكاف، ويبطنه من عنده، ووصف له البطانة والنعل، فهو جائز استحسانًا، والقياس أن لا يجوز، ووجه القياس في ذلك أن هذا إجارة شرط فيها شراء، فتفسد كما لو استأجر دارًا أو شرط فيها شراء، ولأنه صار مشتريًا ما ليس عنده، لا على وجه السلم، وشراء ما ليس عند الإنسان لا يجوز إلا سلمًا، وكان بمنزلة ما لو دفع ثوبًا إلى خياط ليخيط له جبة على أن يحشوه ويبطنه من عنده بأجر مسمّى؛ فإنه لا يجوز لما ذكرنا، فكذا هذا، ذكر محمد رحمه الله مسألة الجبة في «الأصل» على هذا الوجه إلا أنه ترك هذا القياس في باب الخف للتعامل، ولا تعامل في فصل الخياط، فيرد فصل الخياط إلى ما يقتضيه القياس.

١٤٦٣١ - وفي «المنتقى»: إبراهيم عن محمد رحمه الله: رجل دفع إلى خياط ظهارة، وقال: بطنها لي من عندك، فهو جائز، وقاس على ما إذا اشترى خفًا، وقال للبائع: أنعله نعلًا من عندك، فصار في المسألة روايتان.

ولو دفع إليه بطانة، وقال: ظهّرها لي من عندك، فهو فاسد باتفاق الروايات، ثم إن محمدًا رحمه الله جوّز هذا التصرف وإن لم يرَ صاحب الخف النعل والبطانة، وصرفه إلى نعل وبطانة يليق بذلك الخف.

١٤٦٣٢ - وكذا إذا أمر الرجل إسكافًا أن يخرز على خفيه مكعبين أربع قطع من صرم بكذا، ولم يرَ الرجل القطع، فهو جائز استحسانًا، وكذا ترقيع الخروق في الخف يجوز من غير أن يرى الإسكاف الرقاع.

وفي «نوادر ابن سماعة»: شرط الإراءة في النعل، وهكذا ذكر في القطع الأربع، وهكذا في ترقيع الخروق، فإذا في الخف بنعل، وفي النعل تحصيف روايتان، وإذا جازت هذه الإجارة استحسانًا، فإذا عمل الإسكاف وأتى به، إن كان عملًا مقاربًا صالحًا لا فساد فيه، أجبر صاحب الجلد على القبول، ولم يكن له خيار، فقد اعتبر المقاربة للزوم لا حقيقة الموافقة من كل وجه؛ لأن اشتراط الموافقة من كل وجه بين المسمى في الذمة وبين ما عيّن الأجير غير ممكن؛ لأنه لا بد من أدنى تفاوت يقع بين الموصوف في الذمة وبين العين، فسقط اعتبار الموافقة من كل وجه للزوم، وأقيمت المقاربة مقام الموافقة من كل

وجه، كما في السلم لا يشترط الموافقة بين المسمى في الذمة وبين المؤدى للزوم

وإنما يشترط المقاربة؛ لأن الموافقة من كل وجه غير ممكن، فكذلك هذا. وليس لصاحب الجلد خيار الرؤية، لا في حق العمل، ولا في حق النعل، أما في حق العمل فلا إشكال؛ لأن العمل كان واجباً في ذمة الأجير، وما ثبت في الذمة لا يثبت فيه خيار الرؤية، كما في السلم، ولا يثبت في حق النعل، وإن صار مشترياً النعل لا على وجه السلم لوجهين: أحدهما: أن شراء النعل إنما جاز تبعاً للإجارة، فإنه مشروط في الإجارة، فيكون تبعاً، وحكم التبع لا يفارق حكم المتبوع، فإذا لم يثبت في الإجارة خيار الرؤية لما ذكرنا، لم يثبت فيما صار تبعاً للإجارة.

والثاني: أن العمل بخيار الرؤية غير ممكن؛ لأن العمل بخيار الرؤية أن يرد ما اشترى من غير زيادة ضرر يلحق أحدهما، وهنا لا يمكن رد ما اشترى إلا بزيادة ضرر يلحق أحدهما، فإنه متى رد النعل وحده يحتاج فيه إلى بعض الصنعة، وإذا رد مع الخف يضمن الإسكاف قيمة الخف، وكل ذلك ضرر بالإسكاف.

هذا إذا عمل عملاً مقارباً(١) صار كأنه عامل بما أمر به(٢)، فإن خالف في صفة ما أمر به، ذكر أن صاحب الخف بالخيار، إن شاء ترك الخف عليه، وضمنه قيمة جلده، وإن شاء أخذ الخف، وأعطاه الأجر، وإنما يخير لما ذكرنا أن العامل موافق من وجه مخالف من وجه، فإن شاء مال إلى الخلاف وضمن، وإن شاء مال إلى الوفاق، وأخذ الخف، فإن ترك الخف عليه وضمنه، فلا أجر عليه؛ لأن العمل حصل للعامل متى ترك الخف عليه، فلا يكون عليه أجر، وإن مال إلى الوفاق، وأخذ الخف، فإنه يعطيه أجر مثل عمله في خرز الخف غير منعل، ثم بعد ذلك يعطيه قيمة ما زاد النعل فيه، فقد اعتبر في خرز الخف أجر مثل عمله؛ لأن الثابت في خرز الخف إجارة محضة. وفي الإجارة المحضة، متى تعذر إيجاب المسمى يجب أجر المثل، ولا يجب ما زاد العمل فيه، وفي النعل عمل، وعين ما اتصل بملك صاحب الخف، وفي مثل هذا يجب قيمة ما زاد، كما في الصبغ إذا حصل بحكم الغصب، واختار المالك أخذ الثوب، فإن صاحب الثوب يضمن قيمة ما

(١) وفي م: مقارباً.

(٢) كذا في ط، وكان في الأصل بدل: فاسد.

زاد الصبغ فيه، فلهذا اعتبر أجر مثل عمله في خرز الخف وحق النعل اعتبر قيمة ما زاد ومعرفة قيمة ما زاد النعل في أن ينظر إلى قيمة الخف مخروزاً غير منعل ومبطن، وإلى قيمته منعلا مبطنًا، فإن كان قيمته غير منعل، ولا مبطن عشرة، وقيمته منعلا اثنى عشر، علم أن قيمة ما زاد فيه درهمان، فيكون درهمان قدر ما زاد النعل فيه، ثم ينظر إلى أجر مثل عمله في خرز الخف غير منعل ومبطن، فإن كان ثلاثة مثلا يضم إلى قيمة ما زاد، فيصير خمسة، ثم يقابل بالمسمّى، فإن كان خمسة مثل المسمّى، أو أقل من المسمّى، فللإسكاف ذلك.

وإن كان المسمّى أقل من خمسة بأن كان المسمّى أربعة، فإنه يعطي له أربعة؛ لأنه إبراء عن الزيادة على أربعة لما رضي بأربعة، وإنما اعتبر قيمة ما زاد النعل، والبطانة في لا يعتبر أجر مثل عمله في خرز النعل؛ لأن أجر عمله في خرز النعل قد اعتبر؛ لما اعتبرنا قيمة ما زاد النعل فيه؛ لأن قيمة ما زاد النعل أن يعتبر الخف منعلا ومبطنًا وغير منعل، وإنما صار منعلا بالعمل والنعل، فيكون قدر ما زاد النعل قيمة العمل والنعل، فمتى أوجبنا أجر مثل عمله في خرز النعل لاستحق[1] أجر مثل عمله مرتين، وفرق بين هذه المسألة، وبينما إذا دفع خفًا محروزًا إلى إسكاف لينعله بنعل من عنده بأجر معلوم حتى جازت الإجارة استحسانًا للتعامل، فنعله بنعل لا ينعل له الخفاف حتى أفسد الخف بذلك ثبت لصاحب الخف الخيار، كما في هذه المسألة وإختار الأخذ، فإنه يعطيه أجر مثل عمله، وقيمة ما اتصل به من النعل مزايلا غير محروز، لا يجاوز به ما سمّى، وههنا أوجب مع أجر المثل قيمة ما زاد العمل فيه، ولم يوجب على قيمة النعل والبطانة مزايلا غير محروز، والنعل بحقه[2] للإسكاف في الموضعين عين مال وعمل.

ثم في أحد الموضعين أوجب قيمة ما زاد النعل فيه، وفي الموضع الآخر أوجب قيمة النعل مزايلا غير محروز من مشايخنا رحمهم الله من قال: لا فرق بين المسألتين ما ذكر في تلك المسألة يكون ذكرًا في هذه المسألة أن صاحب الخف إذا أراد أن يعطيه أجر مثل عمله في خرز الخف والنعل والبطانة، ثم قيمة النعل والبطانة مزايلا، فله ذلك كما في

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: لا يتقص.

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل بحصة، وفي م: بحقه.

تلك المسألة، وذلك لأن للصانع في الخف في المسألتين شيئان عين مال وعمل، فإن شاء صاحب الخف أعطاه أجر مثل عمله في الخف، وقيمة العين مزايلاً غير محرز، وإن شاء أعطاه مع أجر مثل عمله في الخف، ومع قيمة العين ما زاد العمل فيه في الموضعين جميعاً.

ومنهم من فرّق، وقال في مسألتنا: أمكن إيجاب قيمة ما زاد النعل والبطانة فيه؛ لأن في النعل والبطانة أوجب زيادة في الخف، وفي تلك المسألة لم يكن إيجاب قيمة ما زاد النعل فيه؛ لأن نعل الخف بما لا ينعل به الخفاف يوجب فساداً في الخف، ولا يوجب زيادة في الخف.

وإذا تعذر إيجاب ما زاد العمل فيه، وجب قيمة النعل مزايلاً غير مخروز، فيتبين هذه المسألة من تلك المسألة أن لو شرط عليه نعلاً جيداً، فخرز بنعل غير جيد، ولكن ينعل مثله، وهناك صاحب الخف إذا اختار الأخذ، يعطيه أجر مثل عمله، وقيمة ما زاد فيه، لا يجاوز به ما سمى، كما في هذه المسألة؛ لأن ما فعله الإسكاف أوجب زيادة في الخف، فأمكن إيجاب قيمة ما زاد العمل فيه، كما في هذه المسألة.

قال محمد رحمه الله في المسألتين جميعاً: لا يجاوز به ما سمّى، فمن مشايخنا رحمهم الله من قال: أراد بقوله: لا يجاوز به ما سمّى فيما يخص العمل، فأما ما يخص النعل، فإنه يجب بالغاً ما بلغ، وذلك لأن ما يخص العمل إجارة، وفي الإجارة متى وجب أجر المثل لا يجاوز به المسمى، وما يخص النعل بدل عين، ومتى وجب قيمة العين، فإنه يجب بالغاً ما بلغ، كما في الشراء الفاسد.

ومنهم من قال: بأنه لا يجاوز به ما سمّى في حق النعل والعمل جميعاً، وإنما كان كذلك وذلك لأن ما يخص النعل إذا كان بدل من حيث الصورة والحقيقة، فهو بدل منفعة حكماً؛ لأن العين إنما ملك تبعاً للإجارة، ولهذا لم يثبت فيه خيار الرؤية، وجاز وإن لم يكن عنده تبعاً للإجارة.

١٤١٣٣ - وفرّق محمد رحمه الله بين هذه المسألة وبين مسألة الصبغ، فإنه قال: إذا دفع الثوب إلى صباغ ليصبغه بعصفر من عنده، فصبغه بما سمّى إلا أنه خالف في صفته ما أمره، بأن أشبع أو قصر في الإشباع حتى تعيب الثوب، قال صاحب الثوب: بالخيار،

إن شاء أعطاه الثوب وضمنه قيمته أبيض، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثل عمله، لا يجاوز به ما سمّى، ولم يقل: يعطيه قيمة ما زاد الصبغ فيه، كما قال في مسألة الخف: يعطيه قيمة ما زاد النعل فيه، والعمل في الموضعين حصل بحكم العقد، والصانع في الموضعين جميعًا موافق من وجه مخالف من وجه في أصل العمل موافق، وفي وصفه[1] مخالف، ثم قال في الصبغ: يعطيه أجر مثل عمله، ولم يوجب قيمة ما زاد الصبغ، وفي النعل أوجب قيمة ما زاد النعل فيه مع أجر مثل عمله.

والفرق بينهما: أنا متى أوجبنا في مسألة الصبغ قيمة ما زاد الصبغ فيه، سوّينا فيه بين حالة الغصب وبين حالة العقد؛ لأن الواجب بحكم الغصب وهو مخالف من كل وجه في الصبغ قيمة ما زاد فيه، فلو أوجبنا ههنا قيمة ما زاد الصبغ فيه أيضًا، والصبغ في مسألتنا حصل بحكم العقد من وجه سوينا بين حالة الغصب وبين حالة العقد، وألغينا اعتبار العقد وعمل الصبّاغ استند إلى عقد قائم بينهما؛ لأن الصباغ لم يخالف من كل وجه، وإن خالف من وجه في اللون، وأما في أصل الصبغ موافق، فيكون مخالفًا من وجه، موافقًا من وجه، فيجب أن لا يحكم عليه بالخلاف التام، ولا يجعل كأنه صبغ بغير عقد، فأوجبنا أجر المثل في مسألة الصبغ حتى لا يلغو اعتبار العقد والتسمية، ويكون في إيجاب أجر مثل عمله قيمة العمل، وقيمة الصبغ؛ لأن أجر مثل عمل إنما يقدر أنه بكم يستأجر لهذا، والصبغ من عنده، بخلاف مسألة النعل؛ لأنا وإن أوجبنا قيمة ما زاد النعل فيه، ولم يوجب أجر مثل عمل في حرز النعل، لا تقع التسوية بين حالة الغصب وحالة العقد حتى يلغو اعتبار العقد؛ لأن الواجب حالة الغصب في مسألة النعل قيمة النعل مزايلًا لا قيمة ما زاد النعل فيه، كمن غصب ساجة وأدخلها في بنائه يضمن قيمة ساجته مزايلًا لا قيمة ما زاد الساجة في بنائه، فكذلك ههنا.

فإن قيل: إن كان إيجاب أجر المثل في مسألة الصبغ تنفي التسوية بين حالة العقد وحالة الغصب حتى يلغو اعتبار العقد، ولا يصير الصباغ كالعامل بغير عقد وأمر أصلًا كان يجب أن يوجب أجر عمل في الصبغ من غير أن يكون الصبغ من عنده، وقيمة الصبغ مزايلًا، كما اعتبر في مسألة النعل إذا نعله بما لا ينعل به الخفاف، فالمفارقة تقع بهذا

---

(١) في م: في صفه

التفريق بين حالة الغصب وحالة العقد.

والجواب عنه: نعم! إن التفرقة بين الغصب والعقد يقع بهذا الطريق إلا أنه غير ممكن اعتبار هذا الوجه في مسألة الصبغ؛ لأنا أوجبنا قيمة الصبغ على حدة، وقيمة الصبغ مزايلاً احتجنا إلى تقويم الصبغ مزايلاً حال ما اتصل بالثوب، ولا يمكن تقويمه في ذلك الوقت؛ لأنه مخلوط بالماء حال ما يتصل بالثوب، فلا يمكن تقويمه؛ لأن قيمة الصبغ تتفاوت بتفاوت الماء، ولا يعرف قدر الماء، فتعذر اعتبار هذا الوجه للتفرقة بين حالة العقد وبين حالة الغصب، فلم يبق للتفرقة وجه إلا إيجاب أجر المثل في مسألة الصبغ، بخلاف مسألة النعل؛ لأن تقويمه مزايلاً ممكن حال ما يتصل بالخف، فمتى أوجبنا أجر عمل على حدة إن أمكننا إيجاب قيمة النعل مزايلاً، فبالوجهين جميعاً تقع التفرقة بين حالة الغصب والعقد في مسألة النعل، فذكر الوجهين جميعاً ثمة، ولم يذكر في الصبغ إلا وجهاً واحداً، وهو إيجاب أجر المثل؛ لأن التفرقة بين حالة الغصب وحالة العقد لا تقع إلا به.

ثم أوجب محمد رحمه الله أجر مثل عمله متى اختار أخذ الخف، ولم يوجب المسمى، وهذا على قول من يقول: بإيجاب المسمى في مثل هذه المسائل متى رضي بالعيب[1]، واختار أخذ الخف محمول على ما إذا اختار أخذ الخف، ولم يرض بالعيب، وفي مثل هذه الحالة يجب أجر المثل على قول هذا القائل، وعلى قول من قال بإيجاب أجر المثل على كل حال متى خالف لا يحتاج إلى هذا التأويل.

١٤٦٣٤- ولو أن رجلاً دفع خفه إلى رجل ليعلمه نعلاً بأجر مسمى، فأنعله نعلاً يعمل مثله الخفاف، فهو جائز عليه، وإن لم يكن جيداً، ولا خيار له؛ لأنه وافق شرطه من حيث العرف، ولو وافق شرطه من حيث الشرط بأن سمى له نعلاً موصوفاً فأتى بذلك لم يكن له خيار، فكذا إذا وافق شرطه من حيث العرف، وقد وافق شرطه عرفاً لما أنعله بنعل يعمل به الخفاف في العرف والعادة.

وإن شرط الجودة، وأتى بما يطلق عليه اسم الجيد، أجبر على القبول، ولا خيار له؛ لأن مطلق اسم الجيد ينصرف إلى ما يطلق عليه اسم الجيد، لا إلى المتناهي في

(١) وقع في الأصل: بالغصب.

الجودة الذي لا يعدله في العرف والعادة، كما في السلم، وإن لم يكن جيدًا يخير؛ لأنه خالف مشروطه من حيث الشرط.

ولو خالف مشروطه من حيث العرف، يخير على ما بينا؛ فإذا خالف مشروطه من حيث الشرط أولى أن يخير.

قال: ولو اختلفا في قدر الأجر، بأن قال الإسكاف: شرطت لي درهمًا، وقال رب الخف: شرطت لك دانقين، وقد خرزه على ما وصف له. ولم يختلفا في ذلك، وأقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة العامل؛ لأنه يثبت ببينته زيادة أجر، فكان أولى بالقبول كما في البائع والمشتري إذا أقاما جميعًا البينة.

ولم يذكر الجواب فيما إذا لم يقم لهما بينة، ويجب أن يحكم في ذلك قيمة النعل مزايلا، ويجعل القول قول من شهد له قيمة النعل، كما في الصبغ؛ لأن اتصال النعل بالخف موجب معلوم لو جعل بغير عقد، وهو قيمته مزايلا، لا تقع البراءة عنه إلا بالتسمية، فيجعل ذلك موجب العقد حالة الاختلاف في التسمية، كما في مسألة الصبغ، وكما في النكاح على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: إذا اختلفا في مقدار المسمى، فإن كانت قيمة النعل درهمًا، كما يدعي الإسكاف، فالقول قوله مع اليمين؛ لأن قيمة النعل يجعل موجب العقد حال اختلافهما في مقدار البدل، كأنما اتفقا على أن صح العقد عقد به إلا أن رب الخف ادعى أنه حط عنه أربعة دوانق، وأنكر الإسكاف، فيكون القول قول الإسكاف مع يمينه، وإن كانت قيمة النعل تشهد لصاحب الخف بأن كان دانقين كما يدعيه صاحب الخف جعل القول قوله مع يمينه؛ لأن قيمة النعل تجعل موجب العقد حال اختلافهما في مقدار البدل، كأنهما اتفقا أن العقد به إلا أن الإسكاف ادعى أنه زاد أربعة دوانق. وما حلف صاحب الخف، لم تثبت الزيادة، فيقضى له بدانقين، ولا يتحالفان، وإن كان المبيع قائمًا عندهم جميعًا؛ لأنهما لم يختلفا في موجب العقد، إنما اختلفا فيما يغير موجب العقد، أما إلى زيادة أو إلى نقصان، والاختلاف متى وقع فيما يغير موجب العقد بعد ما ثبت الموجب، فإنه لا يجب التحالف إذا لم توجد الدعوى والإنكار من الجانبين، كما في بيع العين إذا تصادقا أن الثمن كان ألفًا إلا أن البائع ادعى زيادة خمسمائة على الألف، وأنكر المشتري براءة خمسمائة، وأنكر البائع.

لايجب التحالف عندهم جميعًا، فكذلك هنا.

وإن كانت قيمة النعل لا تشهد لأحدهما، بأن كان نصف درهم، فإنه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، كما ذكر في فصل الصبغ في بعض روايات هذا الكتاب، وذلك لما ذكرنا أن قيمة النعل يجعل موجب العقد حال اختلافهما في مقدار البدل كأنهما اتفقا أن العقد عقد به، إلا أنهما اختلفا فيما يغير موجب العقد.

١٤١٣٥ - ادّعى الإسكاف أن رب الخف زاده على هذا الموجب نصف درهم، وأنكر رب الخف، وادعى صاحب الخف براءة دانق، وأنكر الإسكاف ذلك، فحصل كل واحد مدعيًا ومدعى عليه، فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، بخلاف ما إذا كانت قيمة النعل تشهد لأحدهما؛ لأن من يشهد له قيمة النعل لا يدعي تغيرا، إنما يدعي الذي لا يشهد له موجب العقد، إما ابراء أو زيادة، وإذا لم يتحقق الدعوى والإنكار من الجانبين، لم يجب التحالف.

هذا إذا اختلفا في مقدار الأجر، فأما إذا اختلفا في أصل الأجر، قال صاحب الخف: عملته لي بغير أجر، وقال الإسكاف: لا، بل عملت لك بأجر، ذكر أنه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه؛ لأن كل واحد منهما حصل مدعيًا ومدعى عليه، أما صاحب الخف فلأن يدعي على الإسكاف هبة العمل والنعل، والإسكاف أنكر ذلك، والإسكاف يدعي بيع العمل والنعل، وصاحب الخف أنكر ذلك، فكل واحد منهم ادعى عقدًا أنكره صاحبه، فيجب التحالف.

وإن كان الفسخ متعذرًا، كما في بيع العين إذا اختلفا في نوع العقد لا مقداره، ادعى أحدهما الهبة، والآخر البيع، والمال هالك، يجب التحالف؛ لأن كل واحد منهما مدعي ومدعى عليه، فكذلك هذا، فإن حلفا ولم يثبت واحد من الأمرين، ذكر أن صاحب الخف يغرم قيمة ما زاد النعل فيه.

وكان يجب أن يضمن قيمة نعله مزايلا؛ لأنهما لما تحالفا لم يثبت واحد من الأمرين، فبقي عاملا بغير عقد، والإنعال متى حصل بغير عقد، واختار المالك أخذ الخف، فإنه يضمن قيمة النعل مزايلا، إلا أن الجواب أن الأمر كما قلت لم يثبت واحد من الأمرين إلا أن الإذن لم يثبت؛ لأنهما مع اختلافهم في كيفية العقد أن كل هبة

أو ربما اتفقا على الإذن ، وإذا كان الإنعال حاصلًا بإذنه ، يجب القول بأنه يعطيه قيمة النعل مردولًا ؛ لأن هذا حكم الغاصب ، وهذا كان مأذونًا في العمل ، ولم يكن غاصبًا ، فأوجب قيمة ما زاد النعل فيه ، وهو من حيث الحكم قيمة النعل مردولًا ، ولا يكون شيئًا منه بدل العمل .

ألا ترى أن في مسألة الصبغ أوجب قيمة ما زاد الصبغ فيه إذا كان غاصبًا ، وأنه قيمة الصبغ لا غير ؛ لأن لا قيمة للعمل بغير عقد ، ولكن لما تعذر إيجاب قيمة الصبغ مزايلًا حال ما يتصل بالثوب ، أوجب قيمة ما زاد الصبغ فيه ، وجعله قيمة الصبغ ، لا قيمة العمل ، فكذلك هنا أوجب قيمة ما زاد النعل فيه ، وهو قيمة النعل ، لا قيمة العمل ضرورة أن لا يصير المأذون في العمل غاصبًا ، ولم يخير صاحب الخف هنا مثل ما كان يخير فيما مضى ؛ لأن فيما مضى كان العامل مخالفًا من وجه ، موافقًا من وجه ، فكان له أن يميل إلى الخلاف وإلى الوفاق ، وهنا موافق من كل وجه ، إلا أن الخلاف وقع أنه مأجور أو بغير أجر ، وإذا لم يكن مخالفًا لم يخير[1] ، ولكن قال : يأخذ الخف ويعطيه قيمة النعل ، وكان الجواب فيه كالجواب في الثوب إذا هبت به الريح ، وألقته في صبغ إنسان ، والصبغ لا يكون لصاحب الثوب ، يقضى لصاحب الثوب بأن يأخذ[2] الثوب ويعطيه قيمة ما زاد الصبغ فيه ، فكذا هذا .

قال : ولو عمل الخف كله من عنده حتى كان استصناعًا ، ثم اختلفا قبل القبض في مقدار الأجر ، كان القول قول الإسكاف ، وكان يجب أن يتحالفا ؛ لأن الاستصناع يصير بيعًا في الانتهاء ، وفي بيع العين إذا اختلفا في مقدار الثمن قبل القبض يتحالفان قياسًا ، إلا أنه قال : لا يتحالفان ، ويكون القول قول الإسكاف ؛ لأن يمينه يفيد ؛ لأن المستصنع يدعي على الإسكاف ما لو أقر الإسكاف به لزمه ، فإذا أنكر يستحلف ، فأما يمين المستصنع لا يفيد ؛ لأنه لو نكل لا يلزمه شيء ، كما لو أقر به .

١٤٠٣٦ - قال : وإذا اختلف الصباغ ورب الثوب ، فقال رب الثوب : أمرتك بأن تصبغه بعصفر ، وقال الصباغ : أمرتني أن أصبغه بزعفران ، قال : القول قول رب الثوب

(١) وكان في الأصل "يخير" .

(٢) هكذا في ظ ، وكان في الأصل : "بأخذ" .

مع يمينه ، وهذا قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله .

وقال ابن أبي ليلى : القول قول الصبّاغ مع يمينه ، والخلاف في هذه المسألة نظير الخلاف فيما إذا قال : أكلت مالك بإذنك ، أو هدمت دارك بإذنك ، وأنكر صاحب المال الإذن ، فعلى قول علمائنا رحمهم الله : القول قول صاحب المال مع يمينه ، ويضمن المقر ، وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله : القول قول المقر مع اليمين ، ولا ضمان عليه ، وذهب في ذلك أن المقر منكر سبب الضمان ، وصاحب المال يدعي عليه ، فيكون القول قول المنكر ، كما لو أنكر الأكل أصلاً .

وإنما قلنا : إنه منكر لسبب الضمان ؛ لأنه أقر بأكل موصوف بالإذن ، وصبغ وخياطة موصوف بالإذن ، وهذا غير موجب للضمان ، فكان منكراً للضمان من الأصل ، كما لو قال : أقررت لك بألف درهم وأنا صبي ، أو مجنون ، وقال المقر له : لا ، بل أقررت وأنت بالغ أو مفيق ، وعلماؤنا رحمهم الله ذهبوا إلى أن أقر بالسبب الموجب للضمان ، وادعى ما يبرئه ، وأنكر صاحب المال البراءة ، فيكون القول قوله . كما لو أقر بالدين ، وادعى القضاء والإبراء ، وأنكر صاحب الدين .

وإنما قلنا : أقر بالسبب الموجب للضمان ؛ وذلك لأنه أقر بالأكل ، وبالصبغ في ثوب الغير ، وذا سبب الضمان في الصبغ متى اختار المالك ترك الثوب على الصباغ ، وادعى الإذن ، إلا أن الإذن لم يثبت بمجرد دعواه ؛ لما أنكر صاحب المال ؛ لأنه دعوى عليه ، وإذا لم يثبت الإذن بقي مقراً بأكل مطلق بغير إذن ، وأنه سبب ضمان ، بخلاف ما لو أضاف الإقرار إلى حال الصبى ؛ لأن الخلاف ثمة وقع أن السبب قد وجد أو لم يوجد ، المقر يقول : لم يوجد ؛ لأن إقرار الصبي والمجنون لا يكون إقراراً ، فكان المقر منكر الإقرار من حيث المعنى ، والمقر له مدعياً ، فكان بمنزلة ما لو ادعى أنه أقر له ، والمدعى عليه قال : لم أقر لك ، وكان كما لو قالت المرأة : تزوجتني وأنا صبية ، وقال : لا ، بل تزوجتك وأنت بالغة ، كان القول قول المرأة ؛ لأنها أنكرت النكاح معنى .

وأما هنا سبب الضمان قد تحقق ، وهو الأكل والصبغ والقطع والخياطة ، وأنه سبب ضمان إلا أن ادعى البراءة بدعوى الإذن ، وأنكر صاحبه ، فيكون القول قول صاحب المال .

ووجه آخر للفرق ، وهو أن إضافة الإقرار إلى حالة الصبي ليس بدعوى على المقر له ، ولكن حكاية عن فعله ، فيثبت فعله بقوله ، وأما هنا يدعي إذن صاحب المال ، وأن فعل يوجد من صاحب المال ، فيكون دعوى عليه ، فلا يثبت إذا أنكر

١٤١٢٧ - قال : وإذا استصنع الرجل خفين عند إسكاف فعمله ، ثم فرغ منه ، فقال المستصنع : ليس هذا على المقدار والخرز والتقطيع الذي أمرتك ، وقال الإسكاف : بل بهذا أمرتني ، وأراد الإسكاف أن يحلف صاحب المال ، ليس له ذلك ، بخلاف الصبّاغ إذا ادعى أن ما صبغ كان بأمره ، وأراد استحلاف صاحب الثوب ، كان له ذلك ؛ وذلك لأن الصبّاغ يدعي على صاحب الثوب معنى لو أقر به لزمه ، ولم يكن له خيار ، فإذا أنكر يستحلف على ذلك ؛ لأن الاستحلاف يفيد ، فأما هنا الصانع يدعي المستصنع معنى لو أقر به لا يلزمه ، فإن المستصنع لو أقر بالموافقة ، أو ثبت ما ادعى عليه بالبينة ، كان لا يلزم ، وكان له خيار ، ومن ادعى على آخر معنى لو أقر به لا يلزمه ، فإذا أنكر لا يستحلف على ذلك ؛ لأن الاستحلاف لا يفيد ، وسيأتي بعض مسائل الاستصناع في المتفرقات - إن شاء الله تعالى وحده العزيز ، والله أعلم بالصواب - .

# الفصل الرابع والثلاثون

## في المتفرّقات

١٤٤٣٨ - ذكر في "النوازل": إذا قال لآخر: آجرتك هذه الدار سنة بألف درهم كل شهر بمائة، تقع الإجارة على ألف ومائتي درهم، ويصير القول الثاني فسخاً للأول، كما لو باع بألف، ثم باع بأكثر، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هذا إذا قصدا أن تكون الإجارة كل شهر بمائة [إنما يجعل فاسخا للأول إذا قصدا][1] أما إذا غلط في التفسير لا يلزم إلا ألف درهم، لأنه حينئذ لم يقصدا فسخ العقد الأول، فإن ادعى الآخر أنه كان قصدهما فسخ الأول، وادعى المستأجر الغلط في التفسير، فالقول قول مدعي الفسخ مع يمينه، كما لو تواضعا على بيع تلجئة، ثم باشرا البيع مطلقاً من غير شرط يثبت البيع بينهما مطلقاً، إلا أن يتفقا على أنهما باشرا على ما تواضعا عليه، كذا هنا.

وفيه أيضاً: إذا قال لآخر: آجرتك داري هذه يوماً واحداً بكذا، وسنة إلا يوماً مجاناً، أو قال: آجرتك داري هذه سنة يوماً بكذا، وباقي السنة مجاناً، فسكنها سنة كان عليه أجر مثله في يوم واحد، ولا شيء له في الباقي؛ لأنه نفى الإجارة في الباقي، وإنما وجب[2] أجر المثل في يوم واحد وقعت بصفة الفساد لجهالة اليوم.

١٤٤٣٩ - وإذا دفع الرجل إلى قصّار ثوباً ليقصره فقصره، وتصادقا أن الدفع حصل مطلقاً، وأنهما لم يشترطا شيئاً، لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في "الأصل"، وذكر في "النوادر"[3]: أن على قول أبي حنيفة رحمه الله: القصّار متبرع، ولا أجر له، وعلى قول محمد رحمه الله: إن اتخذا دكاناً وانتصب لعمل القصارة بالأجر، يجب الأجر، وما لا فلا، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: هو متبرع إلا أن يكون خليطه، وهو أن يكون يدفع إليه ثيابه للقصارة بالأجر عادة.

---

(١) هكذا في الأصل.

(٢) هكذا في ط، م، وكان في الأصل: أوجب.

(٣) وكان في الأصل: النوازل.

وفي باب الخلع من شرح الكافي: إذا قال للحمال: احمل هذا إلى بيتي، أو قال للخياط: خط إن كان الخياط معروفاً أنه يخيط بأجر، والحمال كذلك، يجب الأجر، وإلا فلا.

١٤١٤٠ - وفي إجارات المنتقى: سئل محمد رحمه الله عن رجل دفع إلى قصار ثوباً ليقصره، فقصره، وقال: قصرت بغير أجر، وصاح فقال: أما في قولي: إذا كان قصاراً قد نصب نفسه للقصارة لم أصدقه وأصدقه، كما لا أصدق رب الثوب في هذه الصورة إذا قال: قصرت لي مجاناً، وقال القصار: قصرت بأجر، أما على قول أبي يوسف رحمه الله، القول قول القصار، كما أن عنده القول قول رب الثوب، إذا قال للقصار: قصرت بغير أجر.

وفي نكاح النوازل: إذا دفع إلى قصار ثوباً ليقصر، ولم يذكر الأجر، يحمل على الإجارة لمكان العرف [للقصار](١) وفي باب الأجر من صرف الكرخي إذا دفع الرجل إلى رجل ذهباً أو فضة، وأمره أن يصوغه قلباً، أو إبريقاً، فصاغه كذلك، ثم اختلفا، فقال الدافع: عملته لي بغير أجر، وقال العامل: عملته بأجر، ذكر في الرواية: أن القول قول الدافع لإنكاره وجوب الأجر في ذمته، وفي الشرح عن أبي يوسف رحمه الله: أن هذا الرجل إن كان أعلم على باب دكان بعلامة، أو نحو ذلك بحيث يعلم أنه لا يعمل إلا بأجر، فالقول قول العامل(٢)، وإن لم يكن كذلك، فالقول قول الدافع.

وعن محمد رحمه الله: أنه إذا كان بين هذا الرجل وبين العامل خلطة، واعتاداه بحيث اعتادا أنهما لا يعقدان كل مرة، ولا يشترطان شرطاً، فالقول قول العامل، وإن لم يكن بينهما خلطة على نحو ما ذكرنا، فالقول قول الدافع، قال: وكذلك لو اختلفا في مقدار الأجر، فالقول قول الدافع، لإنكاره الزيادة على ما أقر به.

١٤١٤١ - وفي هذا الباب أيضاً: إذا استقرض من آخر كر حنطة، وقال: اطحنها لي بدرهم، فطحنها وكان ذلك قبل أن يقبضها المستقرض، فذلك باطل، ولا أجر للمقرض؛ لأنه لما لم يقبضها المستقرض لم يصر ملكاً له، فصار المقرض عاملاً لنفسه، ولا

---

(١) هكذا في الأصل فقط.

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل: فالقول، وفي م: فالقول قول العامل.

وعجّل الأجر، ثم مات الآجر، كان للمستأجر أن يمسك العبد حتى يرد الآجر عليه، وإن مات العبد في يده لم يكن عليه فيه ضمان، ويرجع بالأجر، فيأخذ قوله حتى يرد الأجر، أي حصة ما بقي من المدة، وإنما كان له حق إمساك العبد إلى أن يستوفي الأجر بحصة ما بقي من المدة؛ إظهاراً للعدل والإنصاف، فإن بموت الآجر تنفسخ الإجارة، ويثبت حق ورثة الآجر في العبد، ويجب تعيين حق المستأجر في حصة ما بقي من المدة من الأجر، وذلك بالاستيفاء.

١٤٤٢٦ - ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: رجل تكارى من رجل دارا بعبد سنة، فسكن الدار، ثم نقض الإجارة في العبد، فإنه يرد العبد، ويعطيه أجر مثل الدار، وإنما كان كذلك لأن جعل العقد أجراً صحيح، فجعله ثمناً، فصارت الأجرة عوضاً، وصارت هذه الإجارة في معنى بيع العرض بالعرض، وأحد العوضين وهو العبد باقٍ، فيصح النقض والإقالة عليه؛ لأن في بيع العرض بالعرض بعد هلاك أحد العوضين[1]، يصح الإقالة والنقض على العرض القائم، وإذا صحت الإقالة على العبد، عاد العبد إلى ملك المستأجر، فوجب على الآجر رد العبد على المستأجر، ويجب على المستأجر رد المنافع على الآجر، وتعذر ردها صورة، فيجب ردها معنى برد أجر المثل.

١٤٤٢٧ - وفي «الأصل»: إذا استأجر عشرة من الإبل إلى مكة بعبد بعينه أو بغير عينه، فإن كان العبد بعينه، فالإجارة جائزة، وإن كان العبد بغير عينه، فالإجارة فاسدة، ثم إذا كان العبد بعينه حتى جازت الإجارة، فهلك العبد قبل التسليم بعدما استوفى المعقود عليه، كان على المستأجر أجر مثل الإبل؛ لما عرف أن العقد ينفسخ بهلاك أحد البدلين قبل القبض إذا كانا عينين، فإذا فسد العقد كان عليه رد ما استوفى بعينه من المنافع، وقد عجز عن ردها بعينها، فكان عليه رد قيمتها، وقيمة المنافع أجر المثل، وإن كان العبد بغير عينه، حتى فسدت الإجارة، كان على المستأجر أجر المثل مات العبد أو لم يمت.

١٤٤٢٨ - رجل تكارى منزلاً كل شهر بدراهم معلومة، وطلق الرجل المستكرى المرأة، وخرج من المصر، وذهب، هل يجب أجر المنزل على المرأة؟ قال: لا؛ لأن

(١) وكذا في الأصل: العرض بالعرض، وأحد العرضين لا بعد هلاك أحد العرضين.

المرأة ليست بعاقلة، وليست بكفيلة عن العاقد بالأجر، والأجر إنما يجب على أحد هذين، وليس لصاحب الدار أن يخرج المرأة من الدار حتى الهلال؛ لأن الإجارة لازمة قبل مجيء الهلال، ألا ترى لو كان المستأجر حاضراً لم يكن له أن يفسخ الإجارة قبل مجيء الهلال، فإذا كان غائباً أولى، فإن جاء الهلال والزوج غائب، هل لصاحب الدار أن يفسخ الإجارة، ويخرج المرأة من الدار، يجب أن تكون المسألة على الاختلاف، على قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله: ليس له ذلك، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: له ذلك.

١٤١٤٩ إذا تكارى منزلاً كل شهر بدرهم على أن ينزله، ولا ينزل غيره، فتزوج امرأة أو امرأتين، فله أن ينزلهما، وليس لصاحب الدار أن يأبى؛ لأن هذا شرط لا منفعة فيه لصاحب الدار؛ لأن سكنى غيره لا تضر بالدار، حتى يكون في ترك سكنى غير المستأجر منفعة للمستأجر، فقد حكم بجواز هذا العقد مع هذا الشرط، وإن كان هذا شرطاً لا يقتضيه العقد إلا أنه ليس لأحد المتعاقدين فيه منفعة، ومثل هذا الشرط لا يفسد العقد، كما لو اشترى ثوباً بشرط أن لا يلبس، أو اشترى دابة بشرط أن لا يركبها، وهذه المسألة وتأويله أن لا يكون للمنزل بئر بالوعة، ولا بئر وضوء، وقد ذكرنا هذا التأويل في المسائل المتقدمة.

١٤١٥٠ وفي «الأصل»: إذا استأجر الرجل من آخر داراً، ودفعها إلى رب الدار إلا بيتاً منها، كان فيه متاع له، وسكنها المستأجر، قال: يرفع عن حصة ذلك، وهذا مشكل[1]؛ لأن الفائت صفة؛ لأن البيت صفة الدار، ولهذا قلنا: لو استأجر داراً على أن فيها ثلاثة بيوت، فإذا فيها بيتان، فإنه يتخير، ولا يسقط شيء من الأجر، كما لو اشترى عبداً على أنه كاتب، وخبز، والجواب أن الفائت إن كان صفة إلا أن الفوات بفعل البائع، والوصف له حصة من الثمن إذا فات بفعل البائع، كما في بيع العين، بخلاف ما لو انهدم بيت منها، أو حائط، وسكن المستأجر في الباقي، حيث لا يسقط شيء من الأجر؛ لأن الوصف هناك فات بآفة سماوية، والوصف متى فات بآفة سماوية لا يوجب سقوط شيء من الثمن.

---

(١) لفظ «مشكل» موجود في «ظ» فقط.

أقرضه الأجر الذي له على القاضي، وعقد الصرف إنما جرت بين المستقرض والقاضي قال: وهذا كله قول أبي يوسف رحمه الله، وهو قول محمد، لأن المصارفة بأجر غير واجب جائز على قوله الأول، وهو قول محمد رحمه الله. فأما على قوله الآخر: فإنه لا يجوز، وقد ذكرنا هذا في أول الكتاب.

١٤١٥٥ - قال: ولو كان رب البيت أقرض الدراهم على أن يرد عليه دينارًا بعشرة دراهم، فإنه لا يجوز؛ لأن هذا يكون قرضًا غير ممكن؛ لأن القرض يكون مضمونًا بجنسه، فإذا شرط جنسًا آخر، فقد شرط ما لا يقتضيه القرض، فكان قرضًا فاسدًا، ولا وجه إلى أن يجوزها مصارفة؛ لأنها صرف بنسيئة، فيكون باطلًا.

قال: فإن أحاله على هذا الوجه بالدراهم الأجر على القاضي، يريد به إنه أحاله على القاضي ليأخذ الأجر منه ليعطيه دينارًا، فقال: فقضى القاضي بالدينار الذي له على المستقرض، وأخذ بالبعض حوائجه، فإن لرب البيت على المستقرض عشرون درهمًا، تأويل إذا وجب أجر هذين الشهرين حتى جاز الصرف عندهم جميعًا، وصار المستقرض مستقرضًا عشرين درهمًا من القاضي بالمقاصة، فيكون لرب البيت على المستقرض ما اقتضى من القاضي، وذلك عشرون درهمًا، ولا يكون عليه دينار، كما شرط عليه؛ لأن اشتراط الدينار اشتراط باطل؛ لأنه صرف بنسيئة.

قال: ولو أن هذا القاضي لم يكن وجب عليه أجر هذين الشهرين، ولكن رجل استقرض من رب البيت أجر هذين الشهرين، فأمر هذا القاضي أن يعطيه إياه، وأن يعجله له، وطابت نفس القاضي بذلك، فأعطى الرجل دقيقًا أو زيتًا، أو دينارًا بعشرة، ثم مات رب البيت قبل أن يسكن القاضي شيئًا من هذين الشهرين، أو انهدم البيت، فإن القاضي لا يرجع على الرجل بشيء، ولكن يرجع على رب البيت بعشرين درهمًا، ويرجع رب البيت على الرجل بعشرين درهمًا قرضًا عليه، وذلك لما ذكرنا أن المستقرض صار وكيلًا عنه بالقبض أولًا حتى يصح القرض، ثم لنفسه، فإذا قبض ناب قبضه مناب قبضين، فصار قابضًا له أولًا، ثم لنفسه بحكم القرض، وإذا صار قابضًا للآمر، صار كأن الآمر قبض بنفسه، ثم أقرضه.

١٤١٥٦ - ولو أن صاحب البيت قبض العشرين بيده، ثم أقرضه من المستقرض،

ثم انفسخت الإجارة، لم يكن للقاضي أن يرجع على المستقرض بشيء، وإنما يرجع على رب البيت، ثم رب البيت يرجع على المستقرض بحكم القرض، فكذلك هذا، ثم يرجع بعشرين درهمًا على رب البيت في قول أبي يوسف رحمه الله الأول، وهو قول محمد رحمه الله، فأما على قول أبي يوسف رحمه الله الآخر ما كانت حصة الحور ثم يرجع عليه بالدراهم؛ لأن الشراء قد صح، فصار مقتضيًا للدراهم. فأما ما يخص الدينار، فإنه لا يرجع على رب البيت بالدراهم، ولكن يرجع على المستقرض فيأخذ منه الدينار؛ لأنه قبضه بحكم صرف فاسد.

١٤١٥٧- وفي فتاوى الفضلي: رجل تكارى حمارًا من كيين إلى بخارى، فبقي الحمار في الطريق، وصاحب الحمار ببخارى، فأمر المستكري رجلا حتى ينفق على الحمار في علفه كل يوم مقدارًا معلومًا، وقاطعه أجرته إلى أن يقبض صاحب الحمار حماره، فأمسك الأجير أيامًا، وأنفق عليه في علفه، إن علم المأمور بالنفقة أن الحمار لغير الآمر، فهو متطوع فيما أنفق. لا يرجع على أحد بشيء إلا أن يكون الآمر ضمن له النفقة، فإذا كان لا يعلم بذلك رجع على الآمر بالنفقة، وإن كان لم يضمن له الآمر النفقة، فإن استأجر أجيرًا بحفظه، فلا أجر عليه.

١٤١٥٨- وفي الفتاوى: إذا استأجر مشاطة لتزين[1] العروس، فالإجارة فاسدة، والأجر مكروه غير طيب لها إلا أن يكون على وجه الهدية من غير شرط، والتقاضي فيكون أهون، وفيه نظر والصواب أن يقال: إذا استأجرها مدة معلومة، أو كان العمل أنه تجوز الإجارة، ويطيب لها الأجر؛ لأن تزيين العروس ليس بمعصية، بل هو مباح، فصار فصار كسائر الأعمال المباحة.

١٤١٥٩- وفي فتاوى الفضلي: الدلالة في النكاح لا تستوجب الأجر، وبه كان يفتي رحمه الله وغيره من مشايخ زمانه كانوا يفتون بوجوب أجر المثل لها؛ لأن معظم الأمر من النكاح يقوم بها، ولها سعي في إصلاح مقدمات النكاح، فيستوجب أجر المثل بمنزلة الدلال في باب البيع، وبه يفتى.

١٤١٦٠- وفيه أيضًا: أهل بلدة ثقل عليهم مؤنات العمال، فاستأجروا رجلا

(١) وكان في الأصل: يزين.

بأجرة معلومة ليذهب ويرفع أمرهم إلى السلطان الأعظم ليخفف عنهم بعض التخفيف، وأخذ الأجرة من عامتهم غنيهم وفقيرهم، ذكر أنه إن كان بحال لو ذهب إلى بلد السلطان يتهيؤ له إصلاح الأمر بيوم أو بيومين، جازت الإجارة، وإن كان بحال لا يحصل ذلك إلا بمدة، فإن وقتوا للإجارة وقتًا معلومًا، فالإجارة جائزة، والأجر كله له، وإن لم يوقتوا، فالإجارة فاسدة، وله أجر مثله، والأجر عليهم على قدر مؤنتهم، وهذا نوع توسع واستحسان، أما جواب الكتاب لا يجوز هذه الإجارة إلا موقتة، وبه يفتى، وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في باب الرشوة من "شرح أدب القاضي": أن هذه الإجارة لا تجوز إلا موقتة، وإن كان مدة الإصلاح يومًا أو يومين.

١٤٤٦٦ - قال في "الأصل": رجل تزوج امرأة، فنزل عليها، وهي في منزل بكراء، فمكث عندها سنة، فجاء صاحب المنزل يطلب أجر منزله، فقالت المرأة: أجرة منزله عليك، فقال الزوج: إنما استكريت بأجرة عليك، وقالت المرأة: قد أخبرتك أنه معي بأجر، وقال الرجل: ما أخبرتني أنها تسكن بأجر، فإنه لا عبرة لإنكار الزوج أنها لم تخبره؛ لأنها وإن أخبرته، فلا أجر عليه، وإنما لم يكن على الزوج أجر المنزل؛ لأن الزوج ليس بعاقد، ولا بضامن عنها الأجر لرب المنزل، فلا يجب عليه الأجر، فإن ضمن الأجر عنها لرب البيت: لأن يؤخذ الزوج بالأجر؛ لأنه كفل عنها بالأجر لرب المنزل، والكفيل يؤاخذ بما كفل به، فإن أدى لا يرجع، سواء كفل بإذنها، أو بغير إذنها، إن كان بغير إذنها، فلا إشكال، كما لو كفل عنه بدين آخر، وإن كان بإذنها فكذلك، وذلك لأن العرف أن الزوج إنما يضمن عنها أجر المسكن على سبيل الصلة، لا ليرجع بذلك عليها؛ لأن الإسكان عليه، والمعروف كالمشروط كأنه شرط في الكفالة أن يكفل عنه، ولا يرجع بذلك عليها، ولو صرح أن لا يرجع بذلك عليها لا يرجع، فكذلك هذا.

ونظير هذا ما قال محمد رحمه الله في كتاب النكاح: إن الأب إذا ضمن المهر عن ابنه الصغير، فإنه لا يرجع في مال الصغير استحسانًا؛ لأنه في العرف إنما يفعل ذلك صلة للصغير، لا ليرجع في ماله، فكذلك هذا، فإن لم يضمن لرب المنزل ذلك، ولكن أشهد لها بأن قال: أضمن لك الأجر، ولم يضمن لرب البيت، فإنه لا يلزم الأجر؛ لأنه لم يضمن عنها لرب البيت حتى يصير كفيلا عنها بالأجر، فيؤخذ بذلك إنما ضمن لها ما عليها من الأجر، ومن ضمن للمديون ما عليه، ولم يضمن عنه لصاحب الدين لا يكون

تحويلاً. والكفيل أن يدفعه عن المديون ما عليه لصاحب الدين، ولم يوجد هذا، فلم يكن تحويل هذا كفالة، وإذا لم يكن كفالة، فإما أن يعتبر بعد ذلك هبة من الزوج لها أو عدة، فإن كان هبة، فهي هبة لم يقبض، فلا يجبر على الوفاء بها، وإن كان عدة، فلا يجبر على إنجاز هذا الوعد.

١٤١٦٢- قال في «الأصل» أيضاً: رجلان استأجرا منزلاً من رجل كل شهر بدرهم، واشترطا فيما بينهما على أن يكون أحدهما في أقصى الحانوت، والآخر في مقدمه، ولم يشترطا ذلك في أصل الإجارة، فإن الإجارة جائزة، ولكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك. أما الإجارة جائزة؛ لأنها خلت عن شرط يفسدها، فإنه قال: ولم يشترطا ذلك في أصل الإجارة، ولكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك؛ لأن هذا مواضعة منهما على مهايأة، ولكل واحد من الشريكين أن ينقض المهايأة، وإنما كان لكل واحد منهما نقض المهايأة، وذلك لأن المهايأة قسمة المنفعة، فتعتبر بقسمة العين، وفي قسمة العين لكل واحد منهما أن ينقض القسمة قبل التمام، فإنهما إذا أفرزا أو عزلا الأنصباء قبل أن يتعين نصيب كل واحد منهما بالإقراع، إذا أراد أحدهما نقض القسمة، كان له ذلك؛ فلأن يكون لكل واحد منهما نقض القسمة، ولم يتعين حق واحد منهما في المنفعة قبل وجودها، ولم يتميز نصيب أحدهما من الآخر أولى وأحرى، ثم ذكر في الكتاب: أن الإجارة لا تفسد إذا لم يكن اشترطا ذلك في أصل الإجارة، ولم يذكر أنهما إذا شرطا ذلك في الإجارة، هل تفسد الإجارة؟

قال مشايخنا رحمهم الله: ولقائل أن يقول: بأنه يفسد الإجارة، ولقائل أن يقول بأنه لا يفسد الإجارة. أما القائل أن يقول: بأن الإجارة تفسد؛ لأنه شرط في العقد ما لا يقتضيه العقد؛ لأن هذه مهايأة منهما، والمهايأة على هذا الوجه الذي شرطا، وهو أن يسكن أحدهما في المقدم، والآخر في المؤخر مما لا يقتضيه الإجارة، ألا ترى أن الآبي منهما لا يجبر على ذلك، ولأحدهما في هذا الشرط منفعة، وكل شرط لا يقتضيه العقد، ولأحدهما فيه منفعة يوجب فساد العقد، وإليه أشار في الكتاب، فإنه قال: ولم يشترطا ذلك في الإجارة. فمفهوم ما ذكر يقتضي أنه إذا شرطا ذلك في العقد أوجب فساده.

وأما من قال بأنه لا يفسد ذهب في ذلك إلى أن هذا الشرط متى شرط في العقد يكون اشتراطاً على المالك، وإذا كان مشروطاً على المالك صار كل واحد منهما مستأجراً ما عيّن من المالك، فكأن الآجر قال: آجرتك من هذا مقدّم الحانوت، ومن الآخر مؤخره، ولو نصّ على هذا كان جائزاً، ومفهوم قول محمد رحمه الله ولم يشترط ذلك في أصل العقد، إنهما متى شرطا ذلك في العقد لا يكون لكل واحد منهما أن يرجع؛ لأن كل واحد منهما يصير مستأجراً ما عيّن من المالك؛ ومتى لم يكن مشروطاً في العقد يكون مهايأة منهما، ولكل واحد منهما أن ينقض المهايأة.

١٤٦٦٣- وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله في رجل استأجر رجلاً ليبني له حائطاً أراه موضعه، وسمّى طوله في السماء، وطوله على وجه الأرض، وعرضه على أن يبني كل ألف آجرة بكذا، وكذا من الجصّ بكذا، وكذا من الدراهم. فبنى في البعض، فأدخل ألف آجرة بالجص المسمّى لهذا، ثم مات البناء، فإن الأجر يقسم على موضع ما بقي من الحائط وما بني، فيعطى بحصة ما بني من القيمة؛ لأن كل ألف آجرة شرط بناءها، فهي في أعلى الحائط، وأسفله يدركه رخص الأسفل، وغلاء الأعلى، فلا بد من الجمع بين القيمتين ليجمع الرخص مع الغلاء، فيظهر في التوزيع العدل.

١٤٦٦٤- وعنه أيضاً: أجر الرجل عبده وسلّم، ثم باع من غير عذر، وسلمه إلى المشتري، فقيل: لم يكن للمستأجر أن يضمّن المشتري قيمته، والمستأجر في هذا الحرف مخالف للمرتهن، والفرق وهو أن حق المستأجر في المنفعة والقبض لا يلاقيهما، وحق المرتهن في العين والقبض يلاقيه.

١٤٦٦٥- ذكر الحاكم رحمه الله: استأجر عبداً للخدمة مدة معلومة، وعجّل الأجرة، ثم مات المؤاجر، كان للمستأجر أن يمسك العبد حتى يرد الأجر عليه، وإن مات العبد في يده، لم يكن عليه فيه ضمان، ويرجع بالأجر فيأخذه.

قوله: حتى يرد الأجر عليه، أي حصة ما بقي من المدة، وإنما كان له حق إمساك العبد إلى أن يستوفي الأجر بحصة ما بقي من المدة إظهاراً للعدل والإنصاف، فإن بموت الآجر تنفسخ الإجارة، ويتقرر حق ورثة الآجر في العبد، فيجب تعيين حق المستأجر في حصة ما بقي من المدة من الأجر، وذلك بالاستيفاء.

قدر المدة المضاف إليها العقد، فإنه لا يجب الأجر، وهل يصير ضامناً بالحبس؟ إن وقعت الإجارة على الركوب خارج المصر يضمن؛ لأنه لم يجب الأجر بهذا الإمساك، ولم يؤذن له بإمساك لا يجب الأجر.

وإن وقعت الإجارة على أن يركب في المصر، لا يصير ضامناً بهذا الحبس؛ لأنه يجب الأجر بهذا الإمساك، وإن كان استأجرها لركوب عروس ولم يبين عينها، فإنه لا يجب الأجر متى حبسوها، سواء استأجروها للركوب في المصر أو خارج المصر؛ لأن الإجارة فاسدة متى لم يعينوا العروس، وفي الإجارات الفاسدة الأجرة لا تجب بالتمكن من الاستيفاء، وإنما تجب بحقيقة الاستيفاء، ولم يوجد، فإن استأجر لحمل عروس بعينها، فأركب غيرها، صار ضامناً، ولا يجب الأجر سلمت الدابة أم هلكت، كما لو استأجر دابة للركوب بنفسه، فأركب غيره، وإن كان لحمل عروس بغير عينها لم يضمن كما لو استأجر دابة للركوب، فأركب غيره.

١٤١٦٩ - إذا اشترى شيئاً، وآجره من غيره قبل القبض لا يجوز، كما لو باعه، وهذا إذا كان منقولاً، فإن كان عقاراً، فقيل: هو على الخلاف في البيع، وقيل: لا يجوز الإجارة إجماعاً.

١٤١٧٠ - وفي «الجامع الصغير»: رجلان استأجرا شيئاً، ودفع أحدهما إلى صاحب ليمسكه، فلا ضمان عليه، إذا كان شيئاً لا يحتمل القسمة؛ لأن ما لا يحتمل القسمة، فلأحد المستأجرين أن يدفعه إلى صاحبه ليمسكه.

١٤١٧١ - في باب إجارة الفسطاط: استأجر قدراً ليطبخ فيه شيئاً معلوماً، فطبخ في البيت، وأخذ القدر ليحمل مع ما فيه ليخرج إلى الدكان، فانزلق رجله في الطين، فوقع وانكسر القدر، فعليه ضمان القدر بمنزلة الحمال إذا انزلق رجله، ووقع الحمل وانكسر، وقيل: ينبغي أن لا يجب الضمان في هذه الصورة قياساً على ما استأجرت المرأة ثوباً لتلبس، فلبست وتخرق من لبسها، وقد مرت مسألة الثوب من قبل، وهو الصحيح.

استأجر رجلاً شهراً معيناً ليعمل له عملاً معلوماً، فعمل له ذلك العمل شهرين، هل يستحق الأجر في الشهر الثاني؟ يجب أن تكون المسألة على الخلاف المعروف في

القصار أو الخياط إذا عمل من غير عقد، وقد كان انتصب نفسه لذلك.

وإذا تكارى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم، فحمل(١) في الجوالق عشرين مختوماً، ثم أمر المستأجر رب الدابة، فكان هو الذي وضعها على الدابة، فلا ضمان؛ لأن صاحب الدابة هو المباشر بحمل الزيادة على دابته، وإن حملاها جميعاً، ووضعاها على الدابة ضمن المستأجر ربع قيمة الدابة؛ لأن نصف الحمل مستحق بالعقد، ونصفه غير مستحق، وحمل كل واحد منهما في الحمل شائع في النصفين: فما حمله المستأجر نصفه، وهو ربع الكل مستحق بالعقد، ونصفه وهو الربع غير مستحق، فلهذا ضمن ربع قيمتها.

وإن كان الحمل في عدلين، فحمل كل واحد عدلاً، ووضعاه على الدابة جميعاً، لا يضمن المستأجر شيئاً، ويجعل حمل المستأجر فيما كان مستحقاً بالعقد في باب ما يضمن الأجير، ونحوه في هذه المسألة كثير من المسائل.

رجل يبيع المزيدة، فيستأجر رجلاً لينادي عليه إن وقت له وقتاً، أو قال: كذا صوتاً يجوز.

١٤١٧٢- إذا دفع إلى صباغ ثوباً ليصبغه أحمر، فقد قيل: إن قال بكذا من العصفر يجوز، وإن لم يبين مقدار العصفر لا يجوز، وهذا ليس بصواب، فقد ذكرنا الرواية في فصل الاستصناع: أن بيان مقدار الصبغ ليس بشرط، فلو صبغه رديئاً هل يضمن؟ فقد قيل: إن انتقص الثوب، وكان النقصان فاحشاً عند أهل الصبغ، فلصاحب الثوب أن يضمنه قيمة ثوبه أبيض، وإن كان النقصان يسيراً، فله أن يضمنه النقصان، وعلى هذا النقص القصار إذا قصر الثوب رديئاً.

١٤١٧٣- إذا استأجر حماراً أو بغلاً ليس له أن يبعث به إلى المرج، هكذا ذكر في الفتاوى، وقيل: إن كان التعارف فيما بين الناس أن المستأجر يبعث ذلك إلى المرج، فله أن يبعث، وما لا فلا، وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في فتاوى الصغرى: أن للمستأجر أن يؤاجر وأن يعير، وأن يودع، والبعث إلى المرج إيداع فيملكه المستأجر.

١٤١٧٤- وفي «مجموع النوازل»: زوج أمته، ثم أجرها من زوجها جاز؛ لأن

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ف: "فحمل".

خدمة الزوج ليست عليها، فالإجارة وردت على ما ليس بمستحق فيصح.

١٤١٧٥- استأجر أرضًا ليبني عليه لنفسه، والإجارة فاسدة، بعد ذلك ينظر: إن كان للتراب قيمة في ذلك الموضع، يضمن قيمة التراب، ويكون اللبن له؛ لأن الإجارة لما لم تصح، صار المستأجر غاصبًا للتراب، ولو غصبه وبناه فقد ملكه على ذلك. وإن لم يكن للتراب قيمة، لا شيء عليه، واللبن له؛ لأنه حصل بصنعه.

١٤١٧٦- رجل تقبل من رجل حمولة على أن يحمله من موضع إلى موضع باثني عشر درهمًا اليوم، فحمله في أكثر من ذلك، لا يلزمه الأجر المسمى، بل يجب أجر المثل بمنزلة ما لو استأجر رجلا ليخبز له عشرة مخاتيم دقيق اليوم، هكذا ذكر في الفتاوى، وهذا يجب أن يكون على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن على قوله هذه الإجارة وقعت فاسدة؛ لأنه جمع فيها بين الوقت والعمل، أما في قولهما: هذه الإجارة وقعت جائزة، فيجب الأجر المسمى.

١٤١٧٧- رجل حمل رجلا كرهًا إلى بعض البلدان، فعلى الحامل كراه حتى يرده إلى الذي حمله منه، وكذلك في كل ما له حمل ومؤنة.

١٤١٧٨- رجل استأجر من آخر كرمًا إجارة طويلة وقبضه، وأجرها من غيره مقاطعة كل ستة أشهر بمال معلوم، فلما رآه المستأجر الثاني وجد الأشجار قد احترق من البرد، ولم يجد آجره ليرده عليه حتى جاء أيام الفسخ، وحضر آجره وفسخ الإجارة، وطلب مال المقاطعة، وأبى المستأجر الثاني، وعلل بعدما أن الأشجار محترقة، يسمع علله، ويسقط عنه مال المقاطعة، إذا لم يعمل في الكرم عملا يدل على الرضا ولو كان آجره حاضرًا حتى أمكنه الرد ولم يرد لا يسقط مال المقاطعة.

وعلى هذا إذا استأجر دارًا، وأراد المستأجر ردها بخيار رؤية، أو بخيار عيب إن لم يمكنه الرد بأن كان الآجر غائبًا كان له الرد إذا حضر الآجر، ولا يجب الأجر إذا لم يكن عمل في الدار عملا يدل على الرضا، وإذا وجب[1] للآجر على المستأجر مال بالقرض، أو نحوه، فقال المستأجر للآجر: احسب هذا من مال الإجارة، وفارسيته: حسوبو از مال حوزت، فقال الآجر: برو، هو فسخ؛ تنفسخ الإجارة بقدره

---

(١) هكذا في ط، م، وكان في الأصل: وإذا وجب الأجر على المستأجر... إلخ.

استأجر رجلاً ليذهب بحمولة(١) إلى موضع كذا بكذا، فلما سار نصف الطريق بدا للحمال أن يذهب، فترك الحمولة على المستأجر ثمة، وطلب نصف الأجر، قال: له ذلك إذا كان الباقي من الطريق مثل الأول في السهولة، هكذا ذكر في الفتاوى، وقد ذكرنا في فصل الاستحقاق أن العبرة في قسمة الأجر لقدر المراحل لا للسهولة والصعوبة، فتأمل عند الفتوى.

١٤١٦٩- قال في «الأصل»: ولو أن رجلاً دفع إلى صباغ ثوباً ليصبغه بعصفر بربع الهاشمي بدرهم، فصبغه بقفيز، فهذا على وجهين: إما إن صدقه رب الثوب، أو كذبه، فإن صدقه صاحب الثوب في ذلك، فصاحب الثوب بالخيار، إن شاء ترك الثوب عليه، وضمنه قيمة الثوب، وقد ذكرنا وجه ذلك فيما تقدم، وإن شاء أخذ الثوب، وأعطاه ما زاد العصفر فيه مع الأجر، ولم يذكر أنه أراد به المسمى، أو أجر المثل.

فقال بعضهم: أراد به أجر المثل، وقال بعضهم: أراد به المسمى من الأجر، فقال بعضهم: بأنه يعطيه أجر المثل مقدرًا؛ لأن العمل وإن لم يصر معيبًا من حيث الحقيقة بالزيادة، بل الزيادة تزيده جودة، لكن من حيث الحكم صار معيبًا لما كان لا يبرح إلا بزيادة غرم، ولهذا يثبت له الخيار، فصار كما لو تمكن في العمل عيب من حيث الحقيقة، ولو تمكن في العمل عيب من حيث الحقيقة، بأن خالف في صفة المأمور به، كان الجواب على ما عرف من الخلاف بين المشايخ رحمهم الله، فكذلك هذا.

وقال بعضهم: بأن أراد به المسمى؛ لأنه لا عيب في العمل المأمور به من حيث الحقيقة، فلا يكون عطاء أجر المثل؛ لأن أجر المثل إنما يعطى في مثل ذلك الموضع ليدفع عن نفسه ضرر العيب.

ثم قال: يعطيه ما زاد العصفر في قيمة الثوب يريد به ما زاد العصفر في قيمة الثوب من الثلاثة الأرباع لا قيمة ما زاد العصفر فيه؛ لأنه ضمن الربع بدلاً، وهو الأجر، فلا يضمن مرة أخرى، ثم إنما يعرف قيمة ما زاد العصفر فيه، وهو أن يقوم الثوب مصبوغًا بربع قفيز، ومصبوغًا بقفيز، فإن كانت قيمته مصبوغًا بربع قفيز عشرة، وقيمته مصبوغًا بقفيز اثني عشر، فعلم أن الصبغ زاد فيه بقدر درهمين.

---

(١) هكذا في الأصل و«ب»، وكذا في «ظ»: «محمولاته».

فإن قيل : في إيجاب قيمة ما زاد الصبغ فيه إيجاب قيمة العمل ؛ لأن قيمة ما زاد الصبغ في أن يقوم مصبوغًا وغير مصبوغ ، وفي تقويمه مصبوغًا وغير مصبوغ اعتبار قيمة العمل ، والعمل لا يتقوم من غير عقد ، ولا شبهة عقد .

والجواب عنه : أن قيمة ما زاد الصبغ فيه بدل الصبغ من حيث الحكم ، لا قيمة العمل ؛ لأن إيجاب قيمة الثوب مزايلًا متعذر ؛ لأنه لا يعرف قيمة الثوب مزايلًا قائمًا بالثوب ؛ لأنه مخلوط بالماء ، وإذا تعذر إيجاب قيمة الصبغ مزايلًا أوجبنا قيمة ما زاد الصبغ فيه ، واعتبرناه لذلك كأنه قيمة الصبغ .

والدليل عليه أن محمدًا رحمه الله أوجب أجر المثل ، حيث احتاج إلى إيجاب قيمة العمل مع قيمة الصبغ ، وهنا لما أوجب قيمة ما زاد الصبغ فيه ، علمنا أنه جعل ذلك قيمة الصبغ مزايلًا ، ومنهم من قال : بأن الصباغ ملك رب الثوب[1] صبغًا معمولًا وهو مال ، فلا بد من أن يغرم قيمته كذلك على الوصف الذي ملكه ، كمن بنى في أرض رجل ورضي صاحب الأرض بأخذه ، فإنه يغرم له قيمة البناء مبنيًا ؛ لأن ملك ذلك البناء ، وهو مبني معمول ، فلزمه قيمته مبني ، فكذلك هذا ، وإلى هذا ذهب الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله .

هذا إذا صدقه في الزيادة ، فأما إذا كذبه في الزيادة ، فإنه أهل البصر من تلك الصناعة ؛ لأنه أمكن معرفة ما وقع التنازع فيه لا من جهتهما ، فلا يلتفت إلى قول واحد منهما ، فإن قالوا : مثل هذا الصبغ قد يكون بربع قفيز ، كان القول رب الثوب ؛ لأن الظاهر معه ، لكن مع يمينه بالله ما يعلم أنه زاد ؛ لأنه لم يثبت من حيث اليقين لم يزد فيه على الربع ، وإن قالوا : لا يكون إلا بالقفيز صار الظاهر مع الصباغ مع اليمين ؛ لأنه لم يثبت لا قالوا من حيث اليقين ، فإن حلف ثبت الزيادة ، وإن ثبتت الزيادة ، كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا صدقه رب الثوب .

١٤١٨٠ - الخياط إذا فرغ من الخياطة ، وبعث الثوب على يدي ابنه ، وهو ليس ببالغ ، فطر الطراز منه في الطريق ، فإن كان الصبي عاقلًا ضابطًا يمكنه حفظه ؛ لا يضمن ، وإن لم يكن ضابطًا ، ولا يمكنه حفظه ضمن

---

(١) هكذا في ظ ، وكان في الأصل وم : رب الأرض ، وهو خطأ .

١٤١٨١ - في "مجموع النوازل" سئل شمس الأئمة الأوزجندي رحمه الله: عن رجل استأجر رجلا ليوقد النار في المطمورة ليلة، ففعل ونام في بعض الليل، فاحترقت المطمورة وما فيها، هل يضمن الأجير؟ قال: لا، قيل له: فإن أوقد النار تلفًا بغير أمر، هل يضمن؟ قال: نعم.

١٤١٨٢ - رجل دفع عينًا إلى رجل على أنه إن شاء قبضه بالشراء بكذا، وإن شاء أخذه سنة بكذا، فقبض وهلك عنده إن هلك بعد الاستعمال، فهو على الإجارة، ولو قال: أردت البيع إن كانت قيمته مثل الأجر، أو أكثر قبل قوله، وإن كان الأجر أكثر لا يصدق، ولو لم يستعمله حتى هلك، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يقبضه على الضمان.

١٤١٨٣ - في "مجموع النوازل": رجل يبيع شيئًا في السوق، فاستعان بواحد من أهل السوق على بيعه، فأعانه ثم طلب منه الأجر، فإن العبرة في ذلك لعادة أهل السوق، فإن كان عادتهم أنهم يعملون بأجر يجب أجر المثل، وإن كان عادتهم أنهم يعملون بغير أجر، فلا شيء له.

رجل قال لخياط: خط هذا الثوب لأعطيك أجرك، فقال الخياط: لا أريد الأجر، ثم خاطه، فلا أجر له.

١٤١٨٤ - ولو استأجر أحدهما آلة عمله من الآخر، ثم اشتركا في ذلك العمل إن كان أجره كل شهر بكذا، يجب الأجر في الشهر الأول، ولا يجب فيما بعده شيء؛ لأن الإجارة في الشهر الأول وقعت صحيحة، وإنما تنعقد في كل شهر بعده بدخول ذلك الشهر، والشركة سبقت ما وراء الشهر الأول، فمنعت انعقادها، فلا يجب أجر ما سوى الشهر الأول من هذا الوجه.

وإن أجرها عشر سنين مثلا كل شهر بكذا، يجب أجر كل المدة؛ لأن الإجارة انعقدت على كل المدة في الحال، فلا تبطلها الشركة بعد ذلك.

١٤١٨٥ - وإذا استأجر رجلا ليبني له في هذه الساحة بيتين ذي سقفين، أو ذي سقف واحد، وبين طوله وعرضه، وما أشبه ذلك، وقدر سمكه ذراعًا، ذكر في "فتاوى أبي الليث" رحمه الله: أنه لا يجوز، وينبغي أن يجوز إذا كان بآلات المستأجر للتعامل.

١٤١٨٦- وفي «مجموع النوازل»: رجل دفع إلى سرّاج بعض آلات السرج، وأمره أن يتخذ له سرجاً بهذه الآلات، وبآلات أخرى يحتاج إليها من عند نفسه، وعلى أن يدفع إليه أجر عمله، وثمن الآلة، ودفع إليه عشرة دراهم، فلما أتمّ السرج استولى على السرج بعض الظلمة، وذهب به، قال: يسترد من السراج قيمة الآلة، وما دفع إليه من الأجر؛ لأن الثمن لم يصر مسلَّماً إليه ولم يصر المستأجر قابضاً آلات السرج متصلة بالآلة؛ لأنه لا يمكن تمييزه من غير ضرر، وهذه الإجارة فاسدة؛ لأنه لا تعامل في السرج، بخلاف القلنسوة والخف؛ لأن فيهما تعاملاً.

وسئل شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله: عمّن دفع إلى طبيب جارية مريضة، وقال له: عالجها بمالك، فما تزداد من قيمتها بسبب الصحة، فالزيادة لك، فعالج الطبيب ذلك وبرأت الجارية، فللطبيب على المالك أجر مثل المعالجة، وثمن الأدوية والنفقة، وليس له سوى ذلك.

وسئل أيضاً: عمّن قال لطيّان: أصلح هذا الخراب بعشرة، فلما شرع في العمارة ازداد الخراب، فأصلح الكل، فلا شيء له سوى العشرة، وسئل هو أيضاً عن رجل استأجر رجلاً شهراً، قال: لا يدخل يوم الجمعة في العقد بحكم العرف

وفي «مجموع النوازل»: معلم طلب من الصبيان ثمن الحصير، وصرف المجموع إلى حاجة نفسه، أو اشترى به الحصير، واستعمل في المكتب زماناً، ثم رفعه، وجعله في بيته، هل يسعه ذلك؟ قال: نعم؛ لأن هذا في الحقيقة هدية من آباء الصبيان للمعلمين

وفيه أيضاً: دفع الرجل ولده الصغير إلى أستاذ ليعلمه حرفة، كذا في أربع سنين، وشرط على الأب أنه لو حبسه قبل أربع سنين بعد الثلاث، فعليه مائة درهم، فحبسه بعد ثلاث سنين، فليس للأستاذ أن يطالب الأب بالمائة، ولكن يطالبه بأجر مثل عمله.

وقيل في الصغير: يدفع شيئاً من المأكول إلى المعلم أن لا يحل للمعلم أكله، وقيل: يحل وهو الأصح؛ لأن الآباء والأمهات راضون بذلك

١٤١٨٧- استأجر رجلاً ليكتب له خطاً بالعربية، أو بالفارسية يطيب له الأجر، وكذا لو استأجرته امرأة ليكتب لها إلى حبيبها، يجب الأجر، ويطيب له؛ لأنه بدل

قيمته[1] هذا إذا بيّن شرائط الجواز، بأن بيّن مقدار الخط، وما أشبه ذلك، أما إذا لم يبيّن كانت الإجارة فاسدة.

١٤١٨٨ - استأجر وراقًا يكتب له جميع القرآن، وينقطه، ويعجمه ويعشره، وأعطاه الكاغد والحبر، وشرط له بدلًا معلومًا، فأصاب الوراق البعض، وأخطأ في البعض. فإن فعل ذلك في كل ورق، فالمستأجر إن شاء أخذه، وأعطاه أجر مثل عمله، ولا يجاوز به ما سمّى، وإن شاء ترك عليه، وأخذ منه قيمة ما أعطاه، وإن كان ذلك في بعض المصحف دون البعض يعطيه حصة ما أصاب من المسمّى، ويعطيه مثل عمله؛ لأنه وافق في البعض، وخالف في البعض، وقيل: في الصكاك إذا غلط في جميع حدوده، أو في بعضه، فإن لم يصحح فلا أجر له، وإن أصلحه، فللآمر الخيار، وإن رضي به، فللكاتب أجر مثله.

١٤١٨٩ - رجل له أجيران يعملان له عمل الزراعة بقفيز له، عيّن أحدهما بقرين، والآخر بقرين، فاستعمل أحدهما غير ما عيّن له، فهلك، ضمن المستعمل قيمته، وهل يضمن الأجير الآخر؟ فقد قيل: يضمن، وقيل: لا يضمن؛ لأنه مودع في البقر، وقد دفع إلى من يقوم على الدواب، والقول الأول أصح، وأنه جواب ظاهر الرواية، وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

١٤١٩٠ - في مجموع النوازل: رجل أودع عند رجل أحمالا من الطعام، ففرغ المودع الظروف، وجعل فيها طعامًا له، ثم إن المودع سأل المودع أن يرد عليه أحماله، حتى يحمل إلى مكة، فدفع إليه طعام نفسه، ولم يعلمه به، فحمله المودع على إبله، حتى أتى مكة: كان للمودع أن يأخذ طعامه، ولا أجر عليه.

سئل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: عمن استأجر حمامًا في قرية مدة معلومة، فنفر الناس، ووقع الجلاء، ومضت مدة الإجارة، هل يلزم المستأجر الأجر؟ قال: إن لم يستطع الرفق بالحمام، فلا، وأجاب ركن الإسلام السغدي رحمه الله: لا مطلقًا، ولو بقي بعض الناس، وذهب البعض يجب الأجر، كذا أجابا.

١٤١٩١ - وفي مجموع النوازل: استأجر من آخر طاحونة ببدل معلوم على أن

---

(١) هكذا في الأصل و م، وكذا في ط: كتبه

عليه ما سمّى من الأجر لعدم جريان الماء وانقطاعه، فهذا الشرط يخالف مقتضى العقد؛ لأنه لا ينتفع بالرحى زمان انقطاع الماء، والأجر بدل المنفعة، فيفسد(1) به العقد.

وفي "النوازل": سئل الفقيه أبو القاسم رحمه الله عن طحان ركّب في الطاحونة حجراً من ماله، واتخذ فيه حديداً وأشياء أخر كلها من ماله، فانقضت مدة إجارته، هل له أن يرجع بذلك؟ قال: إن كان فعل ذلك بإذن صاحب الطاحونة فله أن يرجع في ثمنه، يرجع فيها، وإن فعل بغير أمره، إن كان غير مركب، فهو له، وإذا كان مركباً يدفع إليه قيمته.

١٤١٩٢- وفي "فتاوى الفضلي": وصي أو متولي آجر منزل اليتيم، أو منزل الوقف بدون أجر المثل، أيلزم المستأجر أجر المثل أم يصير غاصباً بالسكنى؟ فلا يلزمه الأجر بالسكنى، ذكر هنا أنه يجب على أصول علمائنا أن يصير غاصباً، ولا يلزمه الأجر؛ لأنه قال في كتاب المزارعة: الوصي يدفع الأرض مزارعة، دفعها مزارعة، وشرط للمزارع ما لا يتغابن الناس في مثله أن الوكيل يصير مخالفاً غاصباً، ويصير المزارع غاصباً، ولم يقل: إن هذه مزارعة فاسدة، فيحكم فيها بما يحكم في المزارعة الفاسدة. قال: وذكر الخصاف في كتابه: أن المستأجر لا يكون غاصباً، ويلزمه أجر المثل، وجعل حكمه حكم الإجارة الفاسدة، فقيل له: أيفتي بما ذكره الخصاف؟ فقال: نعم.

وذكر بعد هذا أيضاً: أنه يلزم المستأجر أجر المثل بكماله؛ لأن الإجارة لو كانت من مالك المنزل، ولم يكن سمى الأجر فيها، كان يجب على المستأجر أجر المثل بالغاً ما بلغ، ولو كان سمّى الأجر، وجب الأجر، ولا يزاد على المسمى، فالزيادة على المسمى إنما لم تجب؛ لأن المؤاجر أبطلها بالتسمية، فالوصي والقيّم أيضاً لو لم يسميا فيها الأجر، يجب فيها أجر المثل بالغاً ما بلغ، فإذا سمّيا الأجر لو لم تجب الزيادة على المسمى، لكان سقوط الزيادة لإبطالهما إياها بالتسمية، وليس لهما إلى إبطالها سبيل، فيجعل كأن التسمية لم توجد في الزيادة، فتجب.

وذكر قبل هذا: إذا آجر منزلاً لابنه الصغير بدون أجر المثل، فقد روى الخصاف في كتابه عن بعض أصحابنا أنه يلزم المستأجر أجر المثل.

---

(1) وفي م: [illegible]، وهو خطأ.

١٤٦٩٣ - قال القاضي الإمام علي السغدي رحمه الله: في غصب إنسان دار صبي، قال بعض الناس: يجب عليه أجر المثل، فما ظنك في هذا، وهكذا فيمن غصب الوقف، قال بعضهم: يجب أجر المثل، قال الفضلي: والذي يصح عندي أن المستأجر يصير غاصباً عند من يرى غصب الدور، ويجب جميع المسمى عنده، أما عند من لا يرى غصب الدور، فعلى مقيمه جميع المسمى لازم له على كل حال، وكان الشيخ الإمام ظهير الدين يفتي بوجوب أجر المثل في أرض الوقف في الغصب، وفي أرض الصبي لا، ومن المشايخ رحمهم الله من يفتي بوجوب أجر المثل إلا إذا كان عدم النقصان خيراً لليتيم وللوقف، وهكذا فيمن سكن دار الصبي أو حانوته، وفيما بعد التجاوز يجب أجر المثل إلا إذا كان النقصان خيراً له.

وفي فتاوى الفضلي أيضاً: أجر منزلاً إجارة طويلة وعقوداً كثيرة موقوف عليه، كان وقف وقفه عليه وعلى أولاده أبداً ما تناسلوا، وأنفق المستأجر في عمارة هذا المنزل بعض النفقات بأمر المؤاجر، فإن لم يكن للمؤاجر ولاية في الوقف، كان غاصباً، ولم يكن على المستأجر إلا المسمى، وذلك للمؤاجر يتصدق به، وإن كانت له ولاية في الوقف، فعلى المستأجر أجر المثل في المدة التي كانت في يده لا عبرة للمسمى من قليل الأجر في السنين الأولى، ويرجع المستأجر بالذي أنفق في غلة الوقف إذا كان للمؤاجر ولاية في الوقف، وإلا فهو متطوع فيما أنفق، لا يرجع به على المؤاجر، ولا في غلة الوقف؛ لأنه إذا لم يكن له ولاية صار وجود الأمر منه كعدمه، ولو أنفق بدون أمره لا يرجع بذلك على أحد، كذا هنا، هكذا ذكر ههنا، وقد ذكرنا فيما تقدم أن مكتري الحمار إذا أمر غيره أن ينفق على الحمار المكترى الذي بقي في الطريق، فعلى إن كان المأمور يعلم أن الحمار لغير الآمر فهو متطوع، لا يرجع بما أنفق على أحد إلا أن يكون الآمر ضمن له النفقة، وإن كان لا يعلم أن الحمار لغير الآمر فليس بمتطوع، فكذا في مسألة البناء في الوقف بأمر الآخر يجب أن يكون الجواب على ذلك التفصيل.

١٤٦٩٤ - مريض أجر داره من رجل بدون أجر المثل يعتبر من جميع المال؛ لأن حق الورثة لا يتعلق بالمنافع، وما لا يتعلق به حق الورثة فالمريض والصحيح فيه على السواء.

١٤١٩٥ - استأجر حانوتاً موقوفاً على الفقراء، وأراد أن يبني على غرفة من ماله، وينتفع به من غير أن يزيد في أجرة الحانوت على قدر ما استأجره، فإنه لا يطلق له البناء إلا أن يزيد في أجره، فحينئذ يبني على مقدار ما لا يخاف على البناء القديم من ضرر، وإن كان هذا حانوتاً يكون معطلاً في أكثر الأوقات، وإنما رغب فيه المستأجر لأجل البناء عليه، فإنه يطلق في ذلك من غير زيادة في الأجر؛ لأن فيه مصلحة الوقف.

رجل استأجر حجرة موقوفة من أوقاف المسجد، ويكسر فيها الحطب بالقدوم والجيران لا يرضون بذلك، والمتولي يرضى به، فإن كان في ذلك ضرر بين بالحجرة مثل القصار والحداد، والمتولي يجد من يستأجرها بتلك الأجرة، فعليه أن يمنعه من ذلك، فإن لم يمتنع أخرجه من الحجرة وأجرها من غيره، وإن كان غيره لا يستأجر بتلك الأجرة، فالقيم يتركها في يده إلا إذا خاف تلف بناء الوقف من ذلك العمل.

١٤١٩٦ - وفي فتاوى الفضلي: متولي الوقف أجر ضيعة الوقف من رجل سنين، ثم مات الآجر، ثم مات المستأجر قبل انقضاء المدة، ودفع المستأجر عليه القيمة، فإن كانت الغلة زرعها الورثة ببذرهم، كانت الغلة لهم، وعليهم ما نقصت الزراعة الأرض، يصرف ذلك إلى مصالح أرض الوقف لا حق للموقوف عليهم الأرض في ذلك؛ لأن هذا النقصان إنما وجب لنقصان في عين الأرض، وحق الموقوف عليهم في منفعة الأرض لا في عينها؛ وإنما وجب نقصان الأرض دون الأجر؛ لأن الإجارة قد انفسخت بالموت، وصارت الورثة بالزراعة بعد ذلك غاصبين، فوجب النقصان دون الأجر لهذا.

وفي النوازل: مسطبة بين يدي حانوت لرجل في الشارع، فأجرها من رجل يبيع الفاكهة كل شهر بدرهم، فما يأخذ من الأجرة، فهو يتصدق؛ لأنه غاصب، وفي الغصب الأجرة للعاقد.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هذا إذا كان ثمة بناء أو دكان؛ لأن بذلك يصير غاصباً، أما بدونه لا يصير غاصباً؛ لأن غصب العقار عندهما لا يتحقق، وعندي أن الصحيح هو الأول؛ لأن عندهما الغصب إنما لا يتحقق في العقار في حق حكم الضمان، أما فيما وراء ذلك يتحقق، ألا ترى أن في حق الرد يتحقق فكذا في حق

استحقاق الأجرة.

١٤١٩٧ - رجل استأجر أرضاً، وانفسخت الإجارة بينهما بمضي المدة، أو بالفسخ قبل مضي المدة، وفي الأرض زرع، والزرع بقل، فالزرع للمستأجر، فإن أبرأ المستأجر الآجر عن جميع الخصومات والدعاوي، ثم بعد ذلك أدرك الزرع، ورفع الآجر الغلة، وادعى المستأجر الغلة، وخاصم الآجر فيها، هل يسمع دعواه؟ فقد قيل: يسمع دعواه، وقد قيل لا يسمع دعواه، وهو الأشبه.

وكذلك لو كان الآجر دفع الغلة أولاً، ثم أبرأه المستأجر عن الدعاوي، لا يصح دعوى المستأجر الغلة، وهذا إذا جحد الآجر أن الزرع زرعه، فأما إذا كان مقراً أن الزرع للمستأجر يؤمر بالرد عليه، وعلى هذا إذا أبرأ أحد الورثة الباقين، ثم ادعى التركة وجحد باقي الورثة التركة، لا يسمع دعواه، ولو أقروا بالتركة يؤمرون بالرد عليه.

استأجر طاحونة وآجرها من غيره، فانهدم بعضه، فقال المستأجر الأول للثاني: أنفق في عمارة هذه الطاحونة، فأنفق هل يرجع بذلك على المستأجر الأول؟ إن علم الثاني أنه مستأجر، وليس بمالك، لا يرجع، وإن ظنه مالكاً فيه روايتان، في رواية لا يرجع ما لم يشترط الرجوع، وفي رواية يرجع بدون الشرط.

دار فيها بئر استأجر رجل الدار، فله أن يتوضأ بذلك الماء ويشرب.

١٤١٩٨ - استأجر حجرة كل شهر بمثل معلوم، وغاب وترك امرأته في الدار، فليس للآجر أن يخرجها؛ لأنه ليس له أن يفسخ الإجارة من غير محضر من صاحبه، والحيلة في ذلك أن يؤاجر هذه الدار من إنسان في بعض الشهور، فإذا مضى ذلك الشهر تنفسخ الإجارة الأولى، وتنعقد الثانية، وكان للمستأجر الثاني أن يخرج المرأة من الدار.

وإن استأجر من آخر داراً، ثم إن الآجر وهب له أجر شهر رمضان، إن استأجرها سنة جاز الهبة عند محمد رحمه الله؛ لأنه أبرأه بعد وجود سبب الوجوب، وإن استأجرها كل شهر لا تجوز الهبة عند محمد رحمه الله إلا إذا دخل شهر رمضان.

١٤١٩٩ - استأجر داراً وبنى فيها حائطاً من تراب، كان فيه بغير أمر صاحب الدار، ثم أراد الخروج وأراد نقض الحائط، هل له ذلك ينظر إن كان اتخذ من التراب لبناً، وبنى الحائط من اللبن، فله ذلك، وعليه قيمة التراب؛ لأن باتخاذ اللبن صار اللبن

ملكًا له، فله أن يأخذ ملك نفسه، وإن كان بنى الحائط من الطين كله بأجره ورده بأمره فليس له أن ينقض الحائط؛ لأن بالنقض يعود على ملك المالك؛ لأنه يصير ترابًا.

١٤٢٠٠ - رجل اشترى شجرة ونقضها، واستأجر أرضًا ليضع فيها الأشجار حتى ييبس، والمستأجرة لها طريق في أرض رجل آخر، فأراد مشتري الأشجار أن يمر في الأرض التي فيها طريق إلى الأرض المستأجرة بخشبه وحمولاته، وأراد صاحب الأرض أن يمنعه من ذلك ليس له أن يمنعه؛ لأنه يحتاج إلى الإخراج، والإخراج يكون بطريقة، وطريقة هذا. وبه ختم كتاب الإجارات بعون الله تعالى وحسن توفيقه، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على محمد وآله أجمعين وسلم

# كتاب القضاء

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة وثلاثين فصلاً :

# الفصل الأول

## في بيان من يجوز له تقليد القضاء منه

١٤٦٠١ - قال الخصاف في "أدب القاضي" : إنما يجوز تقليد القضاء لمن كان عالماً بالكتاب والسنة واجتهاد الرأي ؛ لأن القاضي مأمور بالقضاء بحق ، قال الله تعالى : ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾[١] وإنما يمكنه القضاء بالحق إذا كان عالماً بالكتاب والسنة واجتهاد الرأي .

أما العلم بالكتاب والسنة ؛ فلأن الاجتهاد في موضع النص باطل ، فكان العمل بالنص في موضع النص متعيناً ، وإنما يمكنه العمل بالنص إذا كان عالماً به .

وأما اجتهاد الرأي ، فلأن النصوص معدودة ، والحوادث ممدودة ، والإنسان لا يجد في كل حادثة نصاً يفصل به تلك الحادثة ، فيحتاج إلى استنباط المعنى من النصوص عليه ، وإنما يمكنه ذلك إذا كان عالماً باجتهاد الرأي ، وعندنا العلم بالأدلة شرط الأولوية . وليس شرط جواز تقليد القضاء حتى لو قلد جاهل ، وقضى هذا الجاهل بفتوى غيره يجوز ، والصحيح مذهبنا ؛ لأن المأمور في حق القاضي القضاء بالحق والقضاء بما أنزل الله والقضاء بفتوى الغير قضاء بالحق ، وبما أنزل الله تعالى .

والخصاف لم يشترط العدالة ، وصاحب "كتاب الأقضية" أبو جعفر شرط العدالة ، وكذلك الخصاف شرط العدالة ، وهي شرط لازم عند الشافعي رحمه الله ، وهكذا روي عن أصحابنا في غير رواية الأصول ، وبه أخذ مشايخنا رحمهم الله ، حتى لو قلد القضاء وهو غير عدل ، لا يصير قاضياً ، وعلى ظاهر رواية أصحابنا العدالة شرط الأولوية ، وهو اختيار عامة مشايخنا رحمهم الله ؛ حتى إن الأولى أن لا يقلد الفاسق ، ومع هذا لو قلد يصير قاضياً اعتباراً للقضاء بالشهادة ، فإن الأولى أن لا تقبل شهادة الفاسق ، ومع هذا لو قبلت وقضى بها نفذ القضاء .

(١) سورة ص ، الآية ٢٦

ولو قلد القضاء وهو عدل، ثم فسق، ففي قول الشافعي رحمه الله: ينعزل، وإشارات محمد رحمه الله في الكتاب متعارضة في بعضها يشير إلى أنه ينعزل، وبه أخذ بعض مشايخنا، وفي بعضها يشير إلى أنه لا ينعزل، ولكن به يستحق العزل، وبه أخذ عامة المشايخ رحمهم الله إلا إذا شرط في التقليد أنه متى جار ينعزل، فحينئذ ينعزل لأنه، الأمر نهايته لا بالجور.

وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: إن كان عدلاً حين قلده السلطان، ثم فسق ينعزل، وإن كان فاسقاً حين قلده يصير قاضياً، وهذا، لأنه إذا كان عدلاً يوم قلده، فإنما قلده اعتماداً منه على ما رأى منه، فيتقيد التقليد بحال عدالته، ولا يبقى التقليد بعد ارتفاع العدالة، وإذ قلده وهو غير عدل، فلم يعتمد على عدالته، فصح التقليد، ثم من شرط العدالة في القضاء يحتاج إلى الفرق بين القضاء والإمارة، فإن الإمام يصير إماماً، وإن كان فاسقاً، وإذا كان عدلاً، ثم فسق لا يخرج عن الإمارة والإمامة.

والفرق أن مبنى الإمارة على السلطنة والغلبة، ألا ترى أن من الأمراء من غلب، وجاز أحكامه، وصلى خلفه أصحاب رسول الله ﷺ، ومبنى القضاء على الأمانة والعدالة، فإذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة، هذا بيان من يجوز له تقليد القضاء، جئنا إلى بيان من يجوز تقليد القضاء منه، فنقول: يجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر.

أما من السلطان العادل: فظاهر، وأما من السلطان الجائر: فلأن الصحابة تقلدوا الأعمال من معاوية بعد ما أظهر الخلاف مع علي رضي الله عنه، والحق مع علي رضي الله عنه في نوبته وتقلدوا من يزيد مع جوره، وفسقه والتابعين تقلدوا من الحجاج بعد ما تبين من الحجاج، ومع أنه كان أفسق أهل زمانه، حتى قال الحسن البصري: لو جاءت كل أمة بخبيثاتها، وجئنا بأبي محمد لغلبناهم، ولكن إنما يجوز تقلد القضاء من السلطان الجائر إذا كان يمكنه من القضاء بحق، ويعترض في قضاياه بشيء، ولا يمنعه عن تنفيذ بعض الأحكام، كما ينبغي، أما إذا كان لا يمكنه من القضاء بحق، ويعترض في قضاياه بشيء، ولا يمكنه من تنفيذ بعض الأحكام كما ينبغي، لا يتقلد منه، قال القاضي الإمام أبو جعفر رحمه الله -وهو صاحب كتاب الأقضية-: يعني بعد ما بين أهلية القضاء، ولا ينبغي

لأحد أن يفتي للناس إلا من كان هكذا، يريد به أن المفتي ينبغي أن يكون عدلا عالمًا بالكتاب والسنة واجتهاد الرأي.

أما اشتراط العلم بهذه الأشياء، فلأن المفتي بفتواه يبين أحكام الشرع، وإنما يمكن بيان أحكام الشرع، إذا علم بالأدلة الشرعية. وأما اشتراط العدالة ليؤمن عليه، قال: إلا أن يفتي بشيء قد سمعه، فإنه يجوز، وإن لم يكن عالمًا بما ذكرنا من الأدلة؛ لأنه حاكي ما سمع من غيره، فهو بمنزلة الراوي في باب الأحاديث: فيشترط فيه ما يشترط في الراوي من العقل والضبط والعدالة، والفهم على ما عرف في موضعه - والله أعلم بالصواب -

# الفصل الثاني

## في الدخول في القضاء

أورد الخصاف في أدب القاضي أحاديث في كراهة الدخول في القضاء وفي الرخصة فيه.

قال: وقد دخل فيه قوم صالحون، وامتنع عنه قوم صالحون، وترك الدخول أمثل وأسلم وأصلح في الدين، وهذا فصل اختلف فيه المشايخ رحمهم الله أن بعد استجماع شرائط القضاء في الشخص هل يجوز له تقلد القضاء؟ قال بعضهم: يكره له التقلد، ألا يرى كيف امتنع عنه أبو حنيفة رحمه الله حتى ضرب ثلاث مرات في كل مرة ثلاثين سوطا، وألا ترى أن محمدا رحمه الله كيف أباه حتى قيد نيفا وخمسين يوما، وفي رواية: نيفا وأربعين يوما، وقال بعضهم: إنه لا بأس به إذا كان يمكنه القيام بحقه، ألا ترى أن الأنبياء عليهم السلام تقلدوا به حتى نبينا عليه السلام والصحابة رضي الله عنهم اشتغلوا به، ولأن القضاء لإظهار سنة رسول الله ﷺ وإحياء شريعته، ولهذا يطلق على القاضي اسم خليفة رسول الله ﷺ بلا خلاف.

وإن اختلفوا أنه هل يطلق عليه اسم خليفة الله، وفيه إيصال الحق إلى مستحقه، وفيه نصرة المظلومين، وكل ذلك حسن عقلا وشرعا، وقال بعضهم: من تقلد بغير مسألة، فلا بأس بالقبول، ومن سأل يكره له ذلك، وهذا لأن من سأل، فقد اعتمد على نفسه، ووكل إليه، ومن أجبر عليه فقد اعتمد على الله، ومن يتوكل على الله، فهو حسبه.

١٤٢٠٢ - والذي عليه عامة المشايخ رحمهم الله: أن الدخول في القضاء رخصة، والامتناع عنه عزيمة، أما الدخول رخصة لما ذكرنا أن فيه إيصال الحق إلى المستحق، وفي نصرة المظلومين.

أما الامتناع عنه عزيمة لوجهين: أحدهما: أن القاضي مأمور بالقضاء بحق،

وعسى يظن في الابتداء أنه يقضي بحق، ثم لا يقضي في الانتهاء بحق، والثاني : أنه عسى لا يمكنه القضاء إلا بإعانة غيره، وذلك الغير عسى لا يعينه على القضاء، ولكن هذا إذا كان في البلد قوم صالحون للقضاء، أما إذا لم يكن في البلد قوم يصلحون للقضاء سواه، يدخل القضاء لامحالة؛ لأنه لو لم يدخل ربما تقلد الجاهل، فيضيع أحكام الله تعالى، وعلى هذا حكم الإثم، إذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء، وامتنع واحد منهم لا يأثم، وإذا لم يكن في البلد من يصلح للقضاء إلا واحد، وامتنع هو يأثم، وإذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء، فامتنعوا جملة عن القضاء، فإن كان الوالي بحيث يفصل الخصومات بنفسه، كما ينبغي، فإنهم لا يأثمون، وإن كان الوالي بحيث لا يفصل الخصومات بنفسه كما ينبغي، فإنهم يأثمون؛ لأنهم ضيّعوا حقوق الله تعالى وحقوق العباد، فإنهم يشتركون في الإثم - والله أعلم بالصواب - .

## الفصل الثالث

## في ترتيب الدلائل للعمل بها

قال: ينبغي للقاضي أن يقضي بما في كتاب الله تعالى، وينبغي أن يعرف ما في كتاب الله تعالى من الناسخ والمنسوخ؛ لأنه إنما يجب العمل بالناسخ دون المنسوخ، وينبغي أن يعرف من الناسخ ما هو محكم، وما هو متشابه، وفي تأويله اختلاف، كالأقراء، فإن الله تعالى نص على الأقراء في مضي العدة، وقد اختلف العلماء في تأويلها، فمنهم من جعلها عبارة عن الحيض، ومنهم من جعلها عبارة عن الأطهار، فينبغي أن يعرف المتشابه، وما فيه اختلاف العلماء ثم يرجح قول البعض على البعض باجتهاده، فإن لم يجد في كتاب الله تعالى يقضي بما جاء عن رسول الله ﷺ. قال الله تعالى: ﴿مَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾[1]، وينبغي أن يعرف الناسخ من المنسوخ من الأخبار؛ لما ذكرنا أنه يجب العمل بالناسخ دون المنسوخ.

فإن اختلفت الأخبار يأخذ بما هو الأشبه، ويميل اجتهاده إليه، يجب أن يعلم المتواتر والمشهور، وما كان من خبر الآحاد؛ لأن المتواتر واجب العمل به قطعًا، يكفر جاحده، والمشهور واجب العمل به، إلا أنه لا يكفر جاحده، ولكن يخشى عليه المأثم، وما كان من خبر الآحاد يخطئ جاحده، ويجب أن يعرف مراتب الرواة، فإن منهم من عرف بالفقه والعدالة، كالخلفاء الراشدين، والعبادلة وغيرهم، ومنهم من لم يعرف، ومنهم من عرف بطول الصحبة، وحسن الضبط.

والأخذ برواية من عرف بالفقه أولى من الأخذ برواية من لم يعرف بالفقه، وكذلك الأخذ برواية من عرف بطول الصحبة أولى من الأخذ برواية من لم يعرف بطول الصحبة.

وإن كانت حادثة لم يرد فيها سنة رسول الله ﷺ، يقضي فيها بما اجتمع عليه الصحابة رضي الله عنهم؛ لأن العمل بإجماع الصحابة رضي الله عنهم واجب، فإن كان

(١) سورة الحشر، الآية ٧

الصحابة رضي الله عنهم فيها مختلفين بعضهم في ذلك، ويرجّح قول بعضهم على البعض باجتهاده إذا كان أهل الاجتهاد، وليس له بخالفهم جميعًا باختراع قول ثالث لأنهم مع اختلافهم اتفقوا على ما عدا القولين باطل، وكان الخصاف رحمه الله يقول له ذلك؛ لأن اختلافهم يدل على أن للاجتهاد فيه مجالا، والصحيح ما ذكرنا.

ولا يفضل قول الجماعة على قول الواحد، قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله: وهذا على أصل أبي حنيفة رحمه الله، أما على أصل محمد رحمه الله: يفضل قول الجماعة على قول الواحد، وقد ذكر محمد رحمه الله في "السير الكبير" في مسألة. قال أهل العراق وأهل الحجاز: هكذا، وقال أهل الشام: كذا، فأخذنا بقول أهل العراق وأهل الحجاز لكثرتهم، ولانتفاء التهمة عن قولهم

١٤٢٠٣- ثم الإجماع ينعقد بطريقين: أحدهما: اتفاق كل الصحابة على حكم بأقوالهم، وهذا متفق عليه. والثاني: تنصيص البعض وسكوت الباقين، بأن اشتهر قول البعض وبلغ الباقون ذلك، فسكتوا ولم ينكروا ذلك، وهذا مذهبنا، وإنما كان كذلك؛ لأنه لو كان عند الباقين خلاف ذلك لما حل لهم السكوت، فيحمل سكوتهم على الموافقة حملا لأمرهم على ما يحمل[1] لهم شرعًا، ولكن هذا الإجماع في المرتبة دون الأول؛ لأن الأول مجمع عليه، والثاني مختلف فيه، فإن وجد من كل الصحابة اتفاق إلا واحدًا، فإنه خالفهم، فعلى قول الكرخي رحمه الله: لا يثبت حكم الإجماع، وهو قول الشافعي رحمه الله، والصحيح عندنا أنهم أن سوّغوا له الاجتهاد لا ينعقد الإجماع مع مخالفه[2]، نحو خلاف ابن عباس رضي الله عنهما في زوج وأبوين[3]، قال للأم ثلث جميع المال، وإن لم يسوّغوا له الاجتهاد، بل أنكروا عليه ذلك يثبت حكم الاجتماع بدون قوله، نحو خلاف ابن عباس في ربا النقد، فإن الصحابة لما أنكروا عليه يثبت الإجماع بدون قوله حتى لو قضى قاض بجواز بيع الدرهم بالدرهمين، لا ينفذ قضاؤه.

١٤٢٠٤- وحكى عن القاضي الإمام أبي حازم رحمه الله: أن الخلفاء

(١) هكذا في الأصل وم وكان في ظ: يحل

(٢) هكذا في ظ وكان في الأصل وم: مخالفه

(٣) وكان في الأصل: في زوج وابن ابن.

الراشدين رضي الله عنهم إذا اتفقوا على شيء لا يلتفت إلى خلاف ما خالفهم حتى لم يعتبر خلاف زيد في توريث ذوي الأرحام، وأمر المعتضد برد الأموال التي جمعت من تركات ذوي الأرحام، فقال له أبو سعيد البردعي رحمه الله: هذا شيء يفتى فيه على قول زيد، فقال أبو خازم رحمه الله: لا يعتبر خلاف زيد في مقابلة الخلفاء الراشدين، ويكون الصحيح ما ذكرنا، فإن جاء حديث عن واحد من الصحابة رضي الله عنهم، ولم يظهر عن غيره خلافه فذلك عن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات، في رواية قال: أقلد منهم من كان من القضاة المفتين، لقوله عليه الصلاة والسلام: «اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر رضي الله عنهما»(١).

وقد اجتمع في هذين القضاء والفتوى، فمن كان مثلهما كعثمان وعلي رضي الله عنهما، والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم، ومن كان مثلهم أقلدهم، ولا أستجيز خلافهم، وفي رواية قال: أقلد جميع الصحابة رضي الله عنهم إلا ثلاثة منهم: أنس بن مالك وأبو هريرة وسمرة بن جندب رضي الله عنهم، أما أنس فقد بلغني أنه اختلط عقله في آخر عمره، وكان يستفتي من علقمة، وأنا لا أقلد علقمة، فكيف أقلد من يستفتي علقمة.

وأما أبو هريرة رضي الله عنه فإنه لم يكن من أئمة الفتوى، بل كان من الرواة، وفيما كان يروي كان لا يتأمل في المعنى، وكان لا يعرف الناسخ والمنسوخ، ولأجل ذلك حجر عليه عمر رضي الله عنه الفتوى في آخر عمره.

وأما سمرة بن جندب رضي الله عنه فقد بلغني عنه أمر ساءني، والذي بلغه عنه أنه كان يتوسع في الأشربة المسكرة سوى الخمر، وكان يتدلك في الحمام بالخمر، فلم يقلدهم في فتواهم لهذا.

فأما فيما رووا عن النبي ﷺ فإنه كان يأخذ بروايتهم؛ لأن كل واحد منهم موثوق به فيما يروي. وفي رواية قال: أقلد جميع الصحابة ولا أستجيز خلافهم، وهو الظاهر من المذهب، فقد قال في كتاب الحيض: أقل الحيض ثلاثة أيام، وأكثره عشرة أيام، بلغنا ......

(١) أخرجه الحميدي في مسنده (٤٤٩)، وعبد الله بن أحمد في السنة (١٤٦٦)، والبيهقي في الكبرى (١٦٣٣٨)، والطبراني في الأوسط (٣٨١٦)، وفي مسند الشاميين (٩١٣)، والسيوطي في الأشباه (٢/٤٤٠)، والهيثمي في الزوائد (٩/٥٣).

ذلك عن أنس بن مالك رضي الله عنه.

١٤٢٠٥ - وقال في كتاب الأيمان: إذا نذر بذبح ولده يصح نذره عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، بلغنا نحو ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما، وقال في شراء ما بيع بأقل مما باع قبل نقد الثمن: إنه لا يجوز، بلغنا ذلك عن عائشة رضي الله عنها، ونظائره في الكتب كثيرة، وهذا لأنهم كانوا لا يقولون جزافًا، وإنما كانوا يقولون سماعًا، أو اجتهادًا، فإن كان سماعًا يلزمنا اتباعهم، وهذا ظاهر، وإن كان اجتهادًا فكذلك؛ لأنهم صحبوا رسول الله ﷺ، وعاينوا وشهدوا في التنزيل، وشهد لهم رسول الله ﷺ بالخيرية بقوله: خير القرون قرني الذي أنا فيهم، فيوفقون للصواب بسبب صحبة رسول الله ﷺ، ولكونهم خير القرون ما لا يوفق غيرهم، ولأنهم عرفوا طريق رسول الله ﷺ في بيان الأحكام، وشاهدوا الأحوال التي نزلت فيها النصوص والمحال التي يتغير باعتبارها الأحكام، فيكون رأيهم أقوى، واجتهادهم أصوب.

١٤٢٠٦ - وإن اجتمعت الصحابة رضي الله عنهم على حكم، وخالفهم واحد من التابعين، إن كان المخالف ممن لم يدرك عهد الصحابة رضي الله عنهم لا يعتبر خلافه، حتى لو قضى القاضي بقوله، بخلاف إجماع الصحابة رضي الله عنهم، كان باطلًا، وإن كان ممن أدرك عهد الصحابة رضي الله عنهم وزاحمهم في الفتوى، وسوغوا له الاجتهاد، كشريح والنخعي والشعبي رضي الله عنهم، لا ينعقد الإجماع مع مخالفته، ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يثبت إجماع الصحابة في الأشعار؛ لأن إبراهيم النخعي كان يكره، وهو ممن أدرك عهد الصحابة رضي الله عنهم، وسوغوا له الاجتهاد حتى زاحمهم في الفتوى، فقد جعلوه كواحد منهم، فصار خلافه كخلاف واحد منهم، فإن كانت حادثة ليس فيها إجماع الصحابة رضي الله عنهم، ولا قول واحد من الصحابة، ولكن فيه إجماع التابعين، فإنه يقضي بإجماعهم؛ لأن إجماع التابعين حجة.

قال الله تعالى: ﴿وَمَن يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِن بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى﴾(١) الآية، وخلاف إجماعهم اتباع غير سبيل المؤمنين، إلا أن إجماع التابعين في كونه حجة دون إجماع الصحابة رضي الله عنهم؛ لأن بعض الناس قالوا: إجماعهم ليس بحجة، إنما ذلك

(١) سورة النساء، الآية ١١٥.

للصحابة، وكذلك بإجماع كل فريق بعد ذلك حجة، ولكنه دون الأول في كونه حجة.

وإن كان حادثة فيها اختلاف بين التابعين يجتهد القاضي في ذلك إذا كان من أهل الاجتهاد، ويقضي بما هو أقرب للصواب، وأشبه بالحق وليس له أن يخالفهم جميعًا باختراع قول ثالث عندنا على نحو ما ذكرنا في الصحابة رضي الله عنهم، وإن جاء عن بعض التابعين، ولم ينقل عن غيرهم في شيء، فعن أبي حنيفة رحمه الله في روايتان: في رواية: قال: لا أقلدهم، هم رجال اجتهدوا، ونحن رجال نجتهد، وهو ظاهر المذهب.

وفي رواية "النوادر": قال: من كان منهم أفتى في زمن الصحابة رضي الله عنهم، وسوّغوا له الاجتهاد، ومثل شريح ومسروق بن الأجدع والحسن، فأنا أقلدهم، وهذا لأن من أفتى في زمن الصحابة، وسوغوا له الاجتهاد، فقد جعلوه كواحد منهم، فإن لم يجد عنهم إجماعًا يعمل بإجماع من بعدهم إن كان في الزمان الذي هو فيه، وهذا لأن إجماع كل عصر حجة بالنص الذي تلونا، ولقوله ﷺ: «إن الله لا يجمع أمتي على الضلالة»، فإن لم يجد في ذلك إجماعًا، وكان فيه خلاف بين أصحابنا أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهما الله، يأخذ بقولهم، ولا يسعه أن يخالفهم برأيه؛ لأن الحق لا يعدوهم، فإن أبا يوسف رحمه الله كان صاحب حديث، حتى روي عنه أنه قال: أحفظ عشرين ألف حديث من المنسوخ، وإذا كان يحفظ هذا من المنسوخ فما ظنك من الناسخ، وكان صاحب فقه ومعنى، ومحمد رحمه الله كان صاحب فقه ومعنى، وكان صاحب قريحة أيضًا، ولهذا نقل في المسائل رجوعه، وكان مقدمًا في اللغة والإعراب، وفي معرفة بالحديث أيضًا، وأبو حنيفة رحمه الله كان مقدمًا في هذا كله إلا أنه قلت روايته لمذهب تفرد به في باب الحديث، وهو أنه إنما يحل رواية الحديث لمن يحفظ من حين يسمع إلى أن يروي، وإن اختلفوا فيما بينهم.

قال عبد الله بن المبارك: يأخذ بقول أبي حنيفة رحمه الله لا محالة؛ لأنه كان في زمن التابعين وزاحمهم في الفتوى، وقد شهد رسول الله ﷺ لهم بالخيرية، فالظاهر أنه يوفق للصواب ما لا يوفق غيره، والمتأخرون من مشايخنا رحمهم الله اختلفوا بعضهم قالوا: إذا اجتمع اثنان منهم على شيء، وفيهما أبو حنيفة رحمه الله يأخذ بقول أبي حنيفة رحمه الله، وإن كان أبو حنيفة من جانب، وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله من جانب،

فإن كان القاضي من أهل الاجتهاد ، يجتهد ، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد ، يستفتي غيره ، ويأخذ بقول المفتي بمنزلة العامي .

وبعضهم قالوا : إذا كان القاضي من أهل الاجتهاد ، يعمل برأيه ، ويأخذ بقول الواحد ، ويترك قول المثنى ، سواء كان في المثنى أبو حنيفة أو لم يكن ، وإن كان أبو حنيفة رحمه الله أعلى رتبة ؛ لأنه قد يرزق الرجل الصواب ، وإن كان غير أعلى رتبة ، فإن إدراك الصواب فضل يرزقه الله تعالى من عباده من يشاء ، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد ، يأخذ بقول أبي حنيفة رحمه الله ، ولا يترك مذهبه ؛ لأنه أفقه عنده من غيره ، فلا يترك متبعه .

وإن اختلف المتقدمون على قولين ، ثم أجمع من بعدهم على أحد هذين القولين ، فهذا الإجماع هل يرفع الخلاف المتقدم ، فقد قيل على أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله : لا يرفع ، وعلى قول محمد رحمه الله : يرفع .

وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله : أنه يرفع الخلاف المتقدم بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله ، وإنما يخالفنا في ذلك بعض العلماء على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى

١٤٢٠٧ - وإن اتفق أهل عصر على قول ، وانقرضوا فخرج هذا القاضي عن قولهم ، وقضى بخلاف قولهم ؛ لما رأى أن الصواب بخلافه ، فإن كان قد سبق هذا الاتفاق اختلاف العلماء ، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه بعضهم ، قالوا : لا يسع الخلاف ، وبعضهم قالوا يسع ، فإن لم يسبق هذا الاتفاق خلاف لا يسع الخلاف بالاتفاق بقي الكلام بعد هذا في تفسير الاجتهاد ، وفي أهلية الاجتهاد ، أما تفسيره فالاجتهاد بذل المجهود لطلب المقصود .

وأما أهله فأهل الاجتهاد من يكون عالماً بالكتاب والسنة والآثار ، ووجوه الفقه ، ويشترط مع ذلك أن يكون صاحب قريحة يعرف عرف الناس وعاداتهم ومعاملاته ، فالعرف قد يغلب على القياس ، كما في الاستصناع ، والحكم قد يتغير بتغير العصر والزمان ، ويشترط مع ذلك أن يكون عالماً بلغة العرب ؛ لأن القرآن والأخبار جاءت بلغتهم

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله : إذا كان يحفظ المبسوط ،

وأقوال المتقدمين له أن يجتهد فيه ، وإذا كان في البلد قوم من أهل الفقه شاورهم في ذلك ، لأن القاضي لا يكون أفطن في نفسه من رسول الله ﷺ ، ورسول الله ﷺ أمر بالمشاورة ، قال الله تعالى : ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾[1] وقال النبي ﷺ من العزم أن يستشير ذا رأي ، ثم يطيعه ، وقال النبي ﷺ : "المستشير مصيب -أو قال : كاد أن يصيب-" وشاور رسول الله ﷺ أبا بكر وعمر رضي الله عنهما في شيء ، فسكتا مهابة منه ، فقال عليه السلام قولا ، فإني فيما لم يوح إلي مثلكما ، ولأن بالمشاورة تجتمع الآراء ، وظهور الحق عند اجتماع الآراء أبين[2] ، ولهذا قيل : في المشاورة تلقيح العقول ، فإذا شاورهم ، واتفق رأيه ، ورأيهم على شيء ، حكم به ، لأنه لما اتفق رأيه ورأيهم صار ذلك كالإجماع ، والإجماع من جملة الحجج .

وإن كان وقع الاختلاف بين هؤلاء الذين شاورهم ، نظر إلى أقرب الأقاويل من الحق ، وأمضى على ذلك باجتهاده إذا كان من أهل الاجتهاد ، ولا يعتبر في ذلك كبر السن ، ألا ترى أن عمر رضي الله عنه كان يشاور[3] ابن عباس رضي الله عنهما ، وكان يقول له غص يا غواص ، وكان يأخذ بقوله وعمر كان أكبر سنا منه ، وكذلك لا يعتبر لكثرة العدد ، فالواحد قد يوفق للصواب ما لا يوفق الجماعة ، ولأجل ذلك قبلنا شهادة الواحد على رؤية الهلال إذا كانت السماء متغيمة ، وينبغي أن يكون هذا قول أبي حنيفة رحمه الله ، أما على قول محمد رحمه الله : يعتبر كثرة العدد على ما مر قبل هذا .

وإن لم يقع اجتهاده على شيء ، وبقيت الحادثة مختلفا فيها ومشكلة عليه كتب إلى فقهاء غير المصر الذي هو فيه ، فالمشاورة بالكتاب سنة قديمة في الحوادث الشرعية .

وروي عن ابن مسعود وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما : أنهما كانا يكتبان إلى عمر رضي الله عنه ، يستشيرانه ، وعمر كان يكتب إلى ابن مسعود رضي الله عنه يستشيره ، وكان ابن سماعة يكتب إلى محمد رحمه الله ، وهذا لأن المشورة من الغائب بالكتاب بمنزلة المشورة من الحاضر بالخطاب .

(١) سورة آل عمران ، الآية ١٥٩

(٢) هكذا في ظ و م ، وكان في الأصل : ويظهر الحق عند اجتماع الرأيين

(٣) هكذا في ظ و م وكان في الأصل : كان يشاور .

فإن اتفق الذين كتب إليهم القاضي على شيء، ورأي القاضي يوافق رأيهم، وهو من أهل الرأي والاجتهاد أمضى ذلك برأيه، وإن اختلفوا رأيهم فيما بينهم نظر إلى أقرب الأقاويل عنده من الحق إذا كان أهل الاجتهاد، فإن لم يكن القاضي من أهل الاجتهاد في هذه الصورة، فقد وقع الاختلاف بين أهل الفقه أخذ بقول من هو أفقه، وأورع عنده، كذا هاهنا؛ لأنه بمنزلة العامي، والعامي إذا استفتى في حادثة، وقد وقع الاختلاف فيما بين الفقهاء أخذ بقول من هو أفقه عنده، كذا هاهنا.

وربما كان القاضي يشاور قوماً من أهل الفقه، فاجتمعوا على شيء، ورأي القاضي بخلاف رأيه لا ينبغي للقاضي أن يترك رأي نفسه، ويقضي برأيهم؛ لأن عنده أن هؤلاء على الخطأ، ولا متابعة في الخطأ.

فإن قيل: إذا كان لا يأخذ برأيهم، فأي فائدة في المشورة؟ قلنا: احتمال انضمام غيره إلى رأيه، فيتقوى بذلك رأيه، إلى هذا أشار عبيدة السلماني حين قال علي: اتفق رأيي ورأي عمر في أمهات الأولاد أن لا يبعن، ثم رأيت بعد ذلك أن يبعن، فقال عبيدة: رأيك مع رأي عمر خير من رأيك وحدك، أشار إلى أن عند اجتماع الرأيين تحدث زيادة قوة.

وإن شاور القاضي رجلاً واحداً كفى، ولكن مشاورة الفقهاء أحوط، فإن شاور ذلك الرجل في شيء، ورأي القاضي بخلاف رأيه، فالقاضي لا يترك رأي نفسه؛ لما قلنا.

فإن اتهم القاضي رأيه لما أن ذلك الرجل أفضل وأفقه عنده ثم يذكر هذه المسألة هاهنا

وذكر في كتاب الحدود، وقال: لو قضى برأي ذلك الرجل أرجو أن يكون في سعة من ذلك، وإذا لم يتهم القاضي رأيه لا ينبغي له أن يترك رأي نفسه، ويقضي برأي غيره لما قلنا، ولو ترك رأي نفسه، وقضى برأي غيره، هل ينفذ قضاؤه؟ سيأتي الكلام فيه بعد هذا إن شاء الله تعالى وحده العزيز

## الفصل الخامس
## في التقليد والعزل

١٤٢٠٨ - ذكر الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي" في باب القاضي: يقضي بعلمه إذا قلّد السلطان رجلاً قضاء بلدة كذا، لا يصير قاضياً في سواد تلك البلدة ما لم يقلده قضاء تلك البلدة، ونواحيها، ويكتب في رسمه ومنشوره: أنا قلدنا بلدة كذا ونواحيها، حتى يصير قاضياً فيهما جميعاً.

وهذا الجواب إنما يستقيم على رواية النوادر؛ لأن على رواية "النوادر" المصر ليس بشرط لنفاذ القضاء، فأما على ظاهر الرواية المصر شرط لنفاذ القضاء، فلا يصير مقلداً على القرى، وإن كتب في منشوره ذلك.

وإذا علّق السلطان القضاء والإمارة بالشرط، أو أضافهما إلى وقت مستقبل، بأن قال لرجل: إذا قدمت بلدة كذا فأنت قاضيها، إذا أتيت مكة، فأنت أمير الموسم، أو قال: جعلتك قاضياً رأس الشهر، أو قال: جعلتك أمير رأس الشهر، فذلك جائز.

والأصل فيه ما رُوي أن رسول الله ﷺ بعث جيشاً، وأمّر على زيد بن حارثة، وقال: إن قتل زيد فجعفر أميركم، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة أميركم.

وأما تعليق الحكومة بين اثنين بالشرط، وإضافتها إلى وقت في المستقبل، ففيه خلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وسيأتي بيانه في باب التحكيم -إن شاء الله تعالى- ويجوز تعليق عزل القاضي بالشرط إليه أشار في "أدب القاضي" للخصاف في باب موت الخليفة، والمذكور ثمة إنما كتب الخليفة إلى القاضي: إذا وصل كتابي إليك فأنت معزول، فوصل إليه الكتاب انعزل؛ لأن هذا عزل معلق بالشرط، وقد وجد الشرط.

١٤٢٠٩ - وإذا قلّد السلطان رجلاً قضاء يوم يجوز، ويتأقت بهذا الوقت، وإذا قيّده بالمكان يجوز، ويتقيد بذلك المكان أيضاً، ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله

في شرح كتاب الصلح في باب المحكمين، وإنه معقول؛ لأنه إنابة فيتقيد بقدر ما أنابه، وللمقلد في هذا التقليد فائدة؛ لأنه عسى يخوف الشغب في موضع آخر، ولا يمكنه الإنابة في ذلك الموضع، وربما يكون أقدر على إحضار الخصوم وتنفيذ الأحكام في ذلك الموضع، معنى هذا لو قلد القاضي إنابة نائبه بمسجد معين، لا يكون للنائب أن يقضي في مسجد آخر.

وإذا استقضى الصبي، ثم أدرك ليس له أن يقضي بذلك الأمر في باب الجمعة من صلاة المنتقى، رواه إبراهيم عن محمد رحمه الله، والعبد إذا استقضي، ثم أعتق كان له أن يقضي بذلك الأمر.

والفرق أن العبد أهل حقيقة، فيصح تقليده إلا أنه لم يجز حكمه لقيام الرق، فإذا زال الرق بالعتق فقد زال المانع من نفاذ حكمه من غير تقليد جديد، ولا كذلك الصبي، وسيأتي فصل العبد بخلاف هذا في فصل التحكيم - إن شاء الله تعالى -.

وفي فتاوى المنتقى[1]: سئل عن سلطان مات، واتفقت الرعية على ابن صغير له، وجعلوه سلطانًا، ما حال القضاة والخطباء، وتقليده إياهم مع عدم ولايته، قال: ينبغي أن يكون الاتفاق على والٍ عظيم، فيصير سلطانًا لهم، ويكون التقليد منه، وهو يعد نفسه تبعًا لابن السلطان، ويعظم لشرفه، ويكون السلطان في الحقيقة هو الوالي.

١٤٤٦٠ - وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله في قاض أو والٍ ارتد عن الإسلام - والعياذ بالله - أو عمي، أو فسق، ثم تاب، أو أبصر، أو أسلم، فهو على عمله، وهكذا روى داود بن رشيد عن محمد رحمه الله، وفي رواية هشام زيادة وهي وإن كان قضى بقضايا في حال فسقه، ثم صلح نفذت، قال هشام: قلت لمحمد رحمه الله: والٍ من ولاة المسلمين ولى قاضيًا مشركًا يقضي بين المسلمين، ثم أسلم، قال: هو قاضٍ على حاله، ولا يحتاج إلى تولية ثانية.

ويروى هشام عن محمد رحمه الله: النصراني إذا استقضي، ثم أسلم لم يجز حكمه في كتاب الأقضية في باب المحكمين، القاضي إذا ارتد عن الإسلام خرج عن القضاء والحكم إذا ارتد عن الإسلام خرج عن الحكومة.

(١) وكذا في الأصل النسخ

ومن يحبه، أو استثنى نوعاً من أنواع الخصوم صح التقليد والاستثناء، ولا يصير قاضياً في المستثنى وهذا لأن التقليد إنابة، فيتقيد بتقييد أصله، وعلى هذا إذا قال السلطان للقاضي: لا تسمع خصومة فلان حتى أرجع من سفري، لا يجوز للقاضي أن يسمع خصومته قبل رجوع السلطان عن السفر، ولو سمع وقضى لا ينفذ قضاؤه؛ لأنه أخرج خصومة فلان عن ولايته في الانتهاء، ويعتبر بما لو أخرجها في الابتداء بالاستثناء، وذلك صحيح، فههنا كذلك.

السلطان إذا قال لرجل: جعلتك قاضياً، فليس له أن يستخلف إلا إذا أذن له بذلك صريحاً، ولو قال له: جعلتك قاضي القضاة، فله أن يستخلف، وإن لم يأذن بذلك صريحاً؛ لأن قاضي القضاة هو الذي يتصرف في القضاة عزلاً وتقليداً.

وكان القاضي الإمام شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله يقول: إذا كتب السجل من الحاكم يجب أن يكتب فيه خليفة الحكم من قبل فلان وهو كان مأذوناً بالاستخلاف بحكم المثال الصحيح من جهة فلان.

١٢٤١٤ - وإذا قال السلطان لرجل: جعلتك قاضياً في القضاء بشرط أن لا ترتشي ولا تشرب الخمر، ولا تمتثل أمر أحد على خلاف الشرع، فالتقليد صحيح، والشرط صحيح، وإذا فعل شيئاً من ذلك لا يبقى قاضياً؛ لأن تقدير هذا الكلام أنت قاضي ما دمت لا تشرب، ولا ترتشي، ولا تمتثل أمر أحد على مخالفة الشرع(٢)، وهذا تقليد مؤقت معنى، ومثل هذا التقليد صحيح، فإذا وجد الوقت ينتهي التقليد.

السلطان إذا قال: قلدت قضاء بلدة كذا، أو عمراً لا يصح؛ لأن هذا تقليد للمجهول.

المرأة فيما تصلح شاهدة تصلح قاضية؛ لأن القضاء من باب الولاية كالشهادة، ذكره الخصاف رحمه الله في أدب القاضي في باب القاضي يستخلف رجلاً(١)، وما يجوز له من ذلك.

١٢٤١٥ - إذا وقع القضاء في حادثة بحق فأمر السلطان القاضي أن يسمع تلك

(١) وفي م: القاضي مكان السلطان

(٢) وفي م: على خلاف الشرع

حادثة نائبًا بحضرة فلان، لا يفترض على القاضي ذلك؛ لأنه لا فائدة فيه.

أهل البغي إذا غلبوا على بلاد أهل العدل، فالقضاة قضاة على حالهم ما لم يعزلهم الباغي، فإذا عزلهم خرجوا عن القضاء حتى لو انهزم البغاة بعد ذلك لا ينفذ قضاؤهم ما لم يقلدهم سلطان أهل العدل ثانيًا؛ لأن الباغي صار سلطانًا بحكم القهر، ألا ترى أن تقلد القضاء من يجوز، فيصح العزل منه.

١٤٢٦٦ - السلطان إذا قلد رجلا قضاء بلدة فيها قاضي، ولم يعزل الأول صريحًا، إن قيل: ينعزل الأول، فله وجه؛ لأن تقليد قاضيين في مصر واحد غير معتاد، فيصير تقليد الثاني عزل الأول، وإن قيل: لا ينعزل الأول، فله وجه، وهو الأظهر والأشبه؛ لأنه لا تنافي بينهما، ألا ترى أن السلطان من الابتداء لو قلد رجلين قضاء بلدة يجوز.

وللسلطان أن يعزل القاضي، ويستبدل مكانه آخر لريبة وبغير ريبة؛ لأن للسلطان ولاية عامة، فيملك التقليد والتصرف في أي زمان أراد، وقد صح عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: لا يترك القاضي على القضاء أكثر من سنة؛ لأنه لا يتفرغ للتعليم والتعلم حال اشتغاله بالقضاء فينسى العلم.

١٤٢٦٧ - السلطان إذا عزل قاضيًا لا ينعزل ما لم يصل إليه الخبر حتى لو قضى بقضايا بعد العزل قبل وصول الخبر إليه جاز قضاياه، وهو نظير الوكيل إذا عزل لا ينعزل قبل وصول الخبر إليه، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا ينعزل، وإن علم بعزله حتى يقلد غيره مكانه، ويقدم صيانة لحقوق العباد، واعتبر بإمام الجمعة إذا عزل، وهذا إذا حصل العزل مطلقًا، فأما إذا حصل العزل معلقًا بشرط وصول الكتاب إليه لا ينعزل ما لم يصل إليه الكتاب، علم بالعزل قبل وصول الكتاب إليه أو لم يعلم، ورواية أبي يوسف رحمه الله يأتي ههنا.

١٤٢٦٨ - وإذا مات الخليفة، وله قضاة وأمراء وولاة، فهم على حالهم قضاة وأمراء وولاة، رواه هشام وداود بن رشيد عن محمد رحمهم الله، وليس هذا كالوكالة.

١٤٢٦٩ - إذا عزل السلطان القاضي ينعزل نائبه بخلاف ما إذا مات القاضي حيث لا ينعزل نائبه، هكذا قيل، وينبغي أن لا ينعزل النائب بعزل القاضي؛ لأن نائب القاضي نائب السلطان أو نائب العامة، ألا ترى أنه لا ينعزل بموت الخليفة، وعليه كثير من المشايخ رحمهم الله، وإذا عزل السلطان نائب القاضي لا ينعزل القاضي، والله أعلم بالصواب.

# الفصل السادس

## فيه بعض مسائل التقليد، وما يقع القاضي بنفسه وحكم السلطان والأمراء

١٤٢٢٠ - قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا غلب الخوارج على بلدة، واستقضوا عليها قاضياً من أهل البلدة ليس من الخوارج، ثم غلب عليهم أهل العدل يمضي قاضي أهل العدل من قضاياه كل ما يختلف فيه الفقهاء، قال محمد رحمه الله: ولا يجوز قضاء أهل الخوارج وشهادتهم علينا، وقال: لأنهم إذا خرجوا، فقد استحلوا دماءنا وأموالنا.

وفي «أدب القاضي» للخصاف: إذا كان القاضي من أهل البغي لا تنفذ قضاياه، وأشار في كتاب الأقضية إلى أنه تنفذ قضاياه، فإنه قال: هو بمنزلة فاسق أهل العدل، وقد ذكرنا أن الفاسق يصلح قاضياً على أصح الأقاويل.

وفي «واقعات الناطفي»: الإمام إذا لم يكن عادلاً، فأحكامه جائزة، فإن كثيراً من العلماء تقلدوا الأعمال والقضاء من معاوية مع أنه كان جائراً، وكان في الصحابة من هو أفضل منه.

وفي «فتاوى أهل سمرقند» رحمهم الله: إذا كان الأمير الذي يولي القضاء جائراً لم يجز حكمه، ويجوز حكم قضاته، وسيأتي عن أبي يوسف رحمه الله ما يؤكد هذا القول، والصواب ما ذكره في «واقعات الناطفي»: أن حكم الإمام جائز، وإن كان جائراً.

السلطان إذا قضى بين اثنين، ذكر في شهادات «فتاوى أبي الليث» رحمه الله قول بعض المشايخ رحمهم الله: إنه لا يجوز، وذكر الخصاف في «أدب القاضي»: أنه يجوز، ومسألة الواقعات التي مرت تشهد لقول الخصاف، والصحيح ما ذكره الخصاف؛ لأن القاضي استفاد الولاية من جهة السلطان، وتنفذ القضاء منه، فمن المحال أن ينفذ من القاضي بولاية من السلطان.

وفي «المنتقى»: عن أبي يوسف رحمه الله: الأمير إذا كان تولى القضاء من قبله،

فقضى ذلك الأمير، أو كتب إلى القاضي، فهو جائز إذا كان عدلاً، وإذا كان جائراً فلا، فهذه الرواية عن أبي يوسف رحمه الله يؤكد ما ذكر الخصاف من نفاذ قضاء الأمير، ويؤكد ما ذكر في فتاوى أهل سمرقند رحمهم الله من عدم جواز حكم الأمير إذا كان جائراً، وإذا كان القاضي من قبل الخليفة لا من قبل الأمير، فليس للأمير أن يقضي، ولو قضى لا ينفذ قضاؤه.

١٤٢٢١ - قال هشام رحمه الله: سمعت أبا يوسف رحمه الله يقول: إذا كان القاضي من الأصل، يعني من الخليفة، ثم مات، فليس للأمير أن يولي قاضياً، وإن كان أميراً على شرطها وخراجها؛ لأنه قد عزل عنه الحكم حيث كان القاضي من الأصل، وإن حكم هذا الأمير، لم يجز حكمه.

وكذلك إن ولى هذا الأمير قاضياً من قبل من قبله لم يجز حكمه، وإن جاء هذا القاضي الذي ولاه هذا الأمير كتاب الخليفة إليه من الأصل، لا يكون ذلك إطلاقاً له للقضاء، وإذا كان للقاضي خصومة مع إنسان، أو كان لغيره عليه خصومة، فترافعا إلى خليفة هذا القاضي، فقضى خليفة القاضي للقاضي، أو عليه، اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، قال بعضهم: لا يجوز، وقال بعضهم: يجوز، ووجه هذا القول: إن خليفة القاضي ليس بنائب عن القاضي ليصير حكم خليفة كحكم القاضي، بل هو نائب عن الله، أو عن جماعة المسلمين، ألا ترى أنه لا ينعزل بموت القاضي، فيجوز حكمه له وعليه، وقد صح أن علياً رضي الله عنه قلد شريحاً رضي الله عنه، وخاصم عنده في حادثة.

١٤٢٢٢ - وذكر الخصاف في «أدب القاضي»: لو أن قاضياً قضى للإمام الذي ولاه بقضية، أو قضى عليه جاز ذلك، وكذلك لو قضى لولد الإمام، أو والده أو زوجته، وكذلك قاضي القضاة لو خوصم إلى قاضي ولاه، فقضى له أو عليه جاز.

وكذلك لو أن الإمام ولى قاضياً على مثل خراسان، وأمره أن يولي قضاء على الكور، ففعل ثم خاصم القاضي الأعلى إلى بعض من ولاه، فقضاؤه جائز له وعليه، وسيأتي في الفصل الذي يلي هذا الفصل ما يؤكد هذا القول، والذي يشهد للقول الأول ما ذكر هشام في «نوادره»، قال: سألت محمداً رحمه الله عن قاض وجبت له الشفعة قبل رجل، فلم يعطه إياه وجحدها، والوالي الذي في بلاده ليس ممن يولي القضاء: كيف

يصنع؟ قال : ينبغي للوالي أن يقول لهما : اختارا رجلا يحكم بينكما . قلت : فإن أبى الرجل ذلك أيجبر عليه ، قال : نعم ، فقد أشار محمد رحمه الله إلى التحكيم في هذه الصورة ، ولو جاز حكم الخليفة للقاضي لا حاجة إلى التحكيم .

قال هشام رحمه الله سألته عن قاضي البلدة إذا مات وواليها ممن لا يولي القضاة ، أ يجبر الخصوم على رجل يحكم بينهم؟ قال : أما كل شيء يحتاج فيه إلى أن يرجع المقضي عليه إلى آخر ، فلا يجوز ، ولا يجبر عليه ، وأما ما كان من قرض ، أو غصب يجبر عليه .

١٤٢٣٣-وفي "المنتقى" : إذا خاصم ابن القاضي غيره إليه أو خاصم غيره ابنه إليه ينظر فيه ، فإن توجه القضاء على ابنه يقضي على ابنه ، وإن توجه لابنه يتركهما ، ويقول لهما : اختصما إلى غيري والله أعلم بالصواب- .

# الفصل السابع
## في جلوس القاضي ومكان جلوسه

١٤٢٢٤- قال الخصاف رحمه الله في أدب القاضي: قال أبو حنيفة رحمه الله: وينبغي للقاضي أن يجلس للحكم في المسجد الجامع، وبيّن المعنى، فقال: لأنه أشهر المجالس، ومعناه: أن في المصر الغرباء وأهل البلدة، فينبغي أن يختار للجلوس موضعاً أشهر المواضع حتى لا يخفى على أحد مجلسه، والمسجد الجامع في كل موضع أشهر المواضع.

قال الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي رحمه الله: هذا إذا كان المسجد الجامع في وسط البلدة، أما إذا كان في طرف من البلدة، ينبغي أن يختار مسجداً آخر في وسط البلدة، كيلا يلحق لبعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب إلى طرف البلدة، وإن جلس في مسجد حيه، فلا بأس به، كما روي عن بعض السلف أنهم كانوا يجلسون في مساجد حيهم. وكذلك إن جلس في بيته لا بأس به.

قال فخر الإسلام رحمه الله: هذا إذا كان مسجد حيه، أو بيته في وسط البلدة، فأما إذا كان في طرف من البلدة يختار مسجداً في وسط البلدة، أو يختار مسجد السوق؛ لأنه أشهر.

قال الخصاف رحمه الله في أدب القاضي أيضاً: وإذا دخل المسجد لا بأس بأن يسلم على الخصوم، فقد صح أن شريحاً رضي الله عنه كان يسلم على الخصوم، وهذا لأن السلام سنة متبعة، والقاضي بسبب قضائه لا يمتنع عن سائر السنن، كصلاة الجنازة وعيادة المريض، فكذا عن هذه السنة، والمراد من السلام المذكور التسليم العام، إذ لا ينبغي له أن يسلم على أحد الخصمين؛ لأن الذي سلّم على القاضي قد يجترئ على صاحبه، فيطمع الجور في القاضي.

واختلف المشايخ رحمهم الله في التسليم العام، ذكر الخصاف رحمه الله: أنه لا

يأمر به، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: عليه أن يسلم؛ لأن التسليم سنة متبعة، ولا يجوز ترك السنة لأجل الحشمة، وهذا القائل يقول: إن الأمير أو الوالي إذا دخل المسجد، فعليه أن يسلم، ولا يسعه تركه.

ومنهم من قال: إن سلّم وسع ذلك، والأولى أن لا يسلم؛ لأن بالسلام يرتفع الهيبة، وتقل الحشمة، فلا يسلم لتبقى الهيبة، وتكثر الحشمة، وهذا القائل يقول: الأمير أو الوالي إذا دخل المسجد فالأولى أن لا يسلم، قلنا.

١٤٢٢٥ - وإذا دخل مسجده وجلس ناحية منه لفصل الخصومات، لا ينبغي له أن يسلم على الخصوم، ولا ينبغي للخصوم أن يسلموا عليه، أما لا ينبغي له أن يسلم؛ لأنه إنما جلس لفصل الخصومات، فينبغي أن يشتغل بما جلس له لا بغيره، ولأن القاضي جالس، والسنة في السلام أن يسلم القائم على الجالس، والماشي على القائم، والراكب على الماشي. وأما لا ينبغي للخصوم أن يسلموا عليه؛ لأن السلام تحية الزائرين، والخصوم ما تقدموا إليه لأجل الزيارة إنما تقدموا إليه لأجل الخصومة، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله في «أدب القاضي»[1].

بعض مشايخنا رحمهم الله يقيسون الأمراء والولاة على القضاة، فقالوا: هم لا يسلمون على الرعية، والرعية لا يسلمون عليهم، قال شيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: والصحيح هو الفرق بين القضاة والأمراء والولاة، فالرعية يسلمون على الأمراء والولاة، والخصوم لا يسلمون على القضاة.

والفرق: وهو أن القاضي ما جلس للزيارة، والخصوم ما تقدموا إليه لأجل الزيارة، والسلام تحية الزائرين، فلا يسلمون عليه لهذا، وأما الأمراء والولاة يجلسون للزيارة، لا لفصل الخصومات، والناس يدخلون عليهم لأجل الزيارة، فيسلمون عليهم لما ذكرنا أن السلام تحية الزائرين، فعلى قود هذا التعليل لو جلس الأمير لفصل الخصومة لا يسلمون عليه، ولو جلس القاضي لزيارة الناس يسلمون عليه.

ولو سلم الخصوم على القاضي بعدما جلس ناحية من المسجد لفصل الخصومات، فلا بأس بأن يرد عليهم السلام، هكذا ذكر الخصاف، وهذا إشارة إلى أن لا يجب عليه

---

(١) هكذا في الأصل وم، وزاد في ط: أدب.

رد السلام، وهذا لأن الرد جواب السلام، والسلام إنما يستحق الجواب إذا كان في أوانه، أما إذا كان في غير أوانه فلا، ألا ترى أن من سلّم على المصلي لا يستحق الجواب، وإنه لا يستحق لما قلنا.

حكي عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله: أنه كان يقول: من جلس ليفقه تلامذته، فدخل عليه داخل وسلّم، وسعه أن لا يرد؛ لأنه إنما جلس للتعليم لا لرد السلام، فلا يكون السلام في أوانه.

١٤٢٢٦ - وإذا جلس القاضي لفصل الخصومات، ينبغي أن يقيم بين يديه رجلاً يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقتها، ويمنعهم عن إساءة الأدب، ويقال له: صاحب المجلس، وله أسامي: الشرطي والعريف والجلواز[1]، وينبغي أن يكون معه سوط؛ لأنه يحتاج إلى تأديب السفهاء، والتأديب عادة يكون بالسوط، وقد كان لرسول الله ﷺ قضيب يأخذ بيده، وكان ذلك القضيب معه إلى أن توفي عليه السلام، ثم صار القضيب في يد أبي بكر رضي الله عنه، ثم صار في زمن عمر رضي الله عنه الدرة، ثم صار بعده السياط.

وينبغي أن يكون أميناً؛ لأن مجلس القاضي تحضره النسوان، فيؤدي إلى الفتنة لو لم يكن أميناً، وينبغي أن لا يكون طماعاً حتى لا يرتشي، فلا يميل إلى بعض الخصوم، ولا يترك أدبه إذا أساء الأدب.

وإذا جلس الخصمان بين يدي القاضي، ورأى القاضي أن يأمر صاحب المجلس ليقوم بعيداً منه حتى لا يعرف ما يدور بين الخصمين وبين القاضي، ولا يعلم به أحد الخصمين، ولا يلقنه شيئاً، فعل ذلك، وإن كان ثقة مأموناً فتركه يقرب منه، فلا بأس.

والخامس: أن القاضي يحسن ما فيه النظر والاحتياط في أمور الناس، ولا ينبغي لهذا الرجل أن يسار أحد الخصمين؛ لأنه ربما يتهم الخصم الآخر أنه واقعه على شيء فيجر بذلك تهمة إلى القاضي.

١٤٢٢٧ - وينبغي للقاضي إذا تقدم إليه الخصمان أن يسوي بينهما في النظر والمجلس، فيجلسهما بين يديه؛ لأن القاضي مأمور بالعدل والإنصاف بين الخصوم،

---

(١) الجلواز: الشرطي ج: جلاوزة.

ومن العدل التسوية بينهما في المجلس ؛ وإنما تقع التسوية في المجلس إذا أجلسهما بين يديه ؛ لأنه إذا لم يجلسا بين يديه، إما إن أجلسهما من جانب واحد وفيه تفويت التسوية؛ لأن أحدهما يكون أقرب إلى القاضي، وأما إن أجلس أحدهما من جانب، والآخر من جانب، وفيه تفويت التسوية أيضاً؛ لأن لليمين فضلا على الشمال.

١٤٢٢٨-وفي «النوازل»: رجل خاصم السلطان إلى القاضي، فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه، والخصم على الأرض، ينبغي للقاضي أن يقوم من مكانه، ويجلس خصم السلطان فيه، ويقعد على الأرض، ثم يقضي بينهما حتى لا يكون مفضلا أحد الخصمين على الآخر، وهذه المسألة دليل على أن القاضي إذا وقع له خصومة أو عليه، لا بأس أن يحكم فيه خليفته، وقد صح أن يهودياً ادعى على الرشيد دعوى في زمن أبي يوسف رحمه الله بين يدي أبي يوسف رحمه الله، فسمع أبو يوسف رحمه الله خصومتهما، وقضى على الرشيد، وأنه دليل على ذلك القول أيضاً

وحكي عن الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله: أنه كان يقول: إذا وقع الدعوى بين الرجل وابنه، ينبغي للقاضي أن يسوّي بينهما في المجلس؛ لأن الدليل الموجب للتسوية لا يوجب الفصل بين خصم وخصم، وينبغي للخصمين أن يجثوا بين يدي القاضي، ولا يتربعان ولا يقعيان ولا يحتبيان، وإن فعلا ذلك منعهما القاضي أو صاحب مجلس تعظيماً للحكم، كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيماً للمعلم

١٤٢٢٩-وينبغي للقاضي أن يسوّي بينهما في النظر ولا ينظر إلى أحدهما دون الآخر؛ لأن نظر إلى أحدهما إن كان نظر شفقة ورأفة، فقد جرّ تهمة الميل إلى نفسه، وإن كان نظر هيبة ينكسر قلب المنظور، فعسى ينهب، ويترك حقه، فيكون القاضي هو المضيّع لحقه، وكذلك لا ينبغي له أن يرفع صوته على أحدهما؛ لأنه ينكسر القلب الذي رفع صوته عليه؛ لأنه يجر به تهمة الميل إلى خصمه الآخر، وكذلك لا ينبغي له أن يطلق بوجهه إلى أحدهما في شيء من النطق ما لا يفعل بالآخر مثله؛ لما ذكرنا، وكذلك لا ينبغي له أن يستند على عضد أحدهما ويلقنه حجته؛ لأنه يكون مكسرة لقلب الخصم الآخر، وسبباً لتهمة الميل.

والحاصل أن القاضي مأمور بالتسوية فيما يقدر على التسوية، وفيما في وسعه،

وكل شيء يقدر على التسوية بينهما فيه لا يعذر بتركها فيه، وما لا يقدر على التسوية فيه لا يؤاخذ بترك التسوية فيه.

وقد صح أن رسول الله ﷺ كان يسوي في القسم بين نسائه، وكان يقول: اللهم هذه قسمي فيما أملك، فلا تؤاخذني فيما لا أملك، يعني به ميل القلب إلى عائشة رضي الله عنها.

قال صاحب الأقضية: وينبغي أن يكون جلوسهما بين يدي القاضي على قدر ذراعين، أو نحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير أن يرفعا أصواتهما، وهذا لأن القاضي لا يتمكن من القضاء بحق على الوجه الذي أمر إلا بعد سماع كلامهما، والخصوم نهوا عن رفع الصوت بين يدي القاضي، لما فيه من إسقاط حشمته، وقدرنا موضع جلوسهما بما قدرنا ليتمكن القاضي من القضاء على الوجه الذي أمر من غير أن يكون حشمته وهيبته.

١٤٣٣٠ - وينبغي للقاضي إذا جلس في المسجد أن يسند ظهره إلى المحراب، وكان الرسم في زمن الخصاف وغيره أن يجلس مستقبل القبلة بوجهه، وما قلنا أحسن، لأن القاضي إذا جلس مستقبل القبلة كان العوام والخصوم بين يديه مستقبلة إلى القبلة، وإذا أسند القاضي ظهره إلى المحراب، كان الخصوم والقوم بين يديه مستقبل القبلة، ويقف أعوان القاضي بين يدي القاضي، ليكون أهيب في أعين الناس، ويجب أن يكون قيامهم بعيداً من القاضي حتى لا يسمعوا ما يدور بين القاضي وبين من يتقدم إليه من الخصوم، ولا يعرفون رأي القاضي في بعض ما يقع لهم من المسائل، ولا يحتالون لإبطاله، ويجلس الكاتب ناحية منه، بحيث يراه حتى إذا احتاج إليه كان قادراً عليه، ولأنه إذا كان يراه لا يخشى منه الزيادة والنقصان في الكتابة.

قال الخصاف رحمه الله في أدب القاضي: وإذا جلس القاضي للقضاء، فلا بأس بأن يجلس مع نفسه من يثق بدينه وأمانته وفقهه في مجلس الحكم قريباً منه بحيث[1] يسمعون كلامه وكلام من يحضره من الخصوم.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: ينبغي للقاضي أن يقعد

---

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ط: لا يسمعون كلام

لنفسه، فإن كان رأى رجلا حييًا جلوسه بانفراده أحسن لنفسه، لا يجلس مع غيره، لأن الرجل إذا كان حييًا ربما يحتشم ممن معه، فينقطع ويعجز عن إدراك الصواب، ولا يتبين له الحق لجاهه وحشمته عن هو معه، وإذا كان وحده يكون يجتمع الرأى يدرك الصواب، ولا يغيب عنه الصواب، وإذا كان هكذا، فالأفضل أن لا يجلس معه غيره، وإن كان جرى القلب حزم الصواب والبصيرة[١]، فلا بأس بأن يجلس معه نوعًا من أهل العلم والرأى والتدبير لمنافع أحدهما أن يكون أعظم لأمر القضاء، وأهيب في عين الناظرين[٢].

والثاني: أنه إذا اشتبه عليه شيء يشاورهم، وإذا أشكل عليه شيء سألهم.

الثالث: أنه إذا ضل يرشدونه، وإذا زل ينبهونه، وقد جاء على هذا آثار من الصحابة والتابعين، ثم شرط الخصاف في الذي جلس مع القاضي الأمانة والديانة والفقه.

أما اشتراط الأمانة والديانة فلأن مجلس القضاء يحضره الشباب من النسوان، فلو لم يكن أمينًا متدينًا ربما يتمكن فيه فساد.

وأما الفقه فلأن المقصود من إجلاس غيره معه المشورة وإصابة الحق، واستخراج الحكم، وإنما يحصل من الفقيه لا من غيره.

قال الخصاف رحمه الله: ولا ينبغي للقاضي أن يشاورهم بحضرة من الخصوم حتى لا يقع في قلب من كان جاهلا أن القاضي لا يدري، ويسأل غيره، فتذهب حرمته وماء وجهه.

ثم إذا تقدم إليه الخصمان سأل المدعي عن دعواه، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله، وصاحب "كتاب الأقضية" أبو جعفر رحمه الله: وهذا الفصل اختلف فيه المشايخ رحمهم الله، بعضهم قالوا: ليس للقاضي أن يسأل المدعي عن دعواه؛ لأن فيه تهييج الخصومة، والقاضي نصب لقطع الخصومة لا لتهييجها، ولكن يسكت ويسمع ما ادعاه

---

(١) هكذا في ظ وكان في ف: عزيم الرأي والبصيرة وكان في الأصل: عظيم الصواب الرأي والبصيرة.

(٢) هكذا في ظ، م وكان في الأصل: في أعين الناظرين.

المدعي، وبعضهم قالوا: يسأل وبه أخذ الخصاف وصاحب "كتاب الأقضية" رحمهم الله، وهذا لأن مجلس القضاء مجلس هيبة وحشمة، فمن لم يزاول هذا الميل يتحير، وعسى يعجز عن بيان دعواه، فينبغي للقاضي أن يسأل ويؤنسه بكلامه، حتى يقدر على بيان دعواه، وهكذا ذكر في محاضر ابن سماعة، وكذا ذكر في "المنتقى".

وروي عن محمد رحمه الله أن القاضي بالخيار إن شاء سأل، وإن شاء سكت، وذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي رحمه الله: أن على قول أبي يوسف رحمه الله: القاضي يسأل، وعلى قول محمد رحمه الله: لا يسأل، بل يسكت.

ثم إذا سأله أو لم يسأله، وتكلم المدعي بنفسه سأل القاضي المدعى عليه عن دعوى المدعي، هكذا ذكر صاحب الأقضية، وذكر الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي": أن القاضي يكتب دعوى المدعي في صحيفة، وينظر فيه أصحيح هو أو فاسد، فإن كان فاسداً لا يقبل على المدعى عليه؛ لأن الدعوى إذا لم تكن صحيحة لا يتوجه الجواب على المدعى عليه، ولكن يقول للمدعي قم فصحّح دعواك، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله في موضع من "أدب القاضي".

وذكر في موضع آخر أن القاضي لا يقول له: ذلك، وبه أخذ بعض مشايخنا رحمهم الله أن هذا من القاضي تلقين، ولكن يقول له دعواك هذه فاسدة، فلا يلزمني سماعها، وهذا ليس تلقين، بل هو فتوى بالفساد، وإنما يقول له. إن من غير زيادة ونقصان، فإذا جلس الشهود بين يدي القاضي، وجاء أوان الشهادة، أخذ القاضي الشاهد، وسألهم عن شهادتهم، وإن كتب القاضي لفظ شهادتهم بنفسه، فهو أوثق وأحوط، ثم يقابل القاضي لفظ شهادتهم بالدعوى، فإن كانت موافقة للدعوى، ويعرف القاضي الشهود بالعدالة، يقول للمدعى عليه: هل لك دفع، فإن قال: نعم، ولكن أمهلني حتى آتي به أمهله، وإن قال: لا وجه عليه القضاء، وإن لم يعرف القاضي أياهم بالعدالة يتوقف، وإن قال المدعي: لي بينة حاضرة إلا أني أطلب يمين المدعى عليه، إن قال: حاضرة في المجلس، فالقاضي لا يجيبه، ولا يحلف المدعى عليه بالإجماع، كذا ذكره القدوري رحمه الله في شرحه، وإن قال: حاضرة في بلدته، فالقاضي لا يجيبه، ولا يحلف المدعى عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يحلفه، وقول محمد رحمه الله مضطرب، ذكر القدوري رحمه الله مع قول أبي يوسف رحمه الله، وذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي رحمه الله: أن المدعي يحلف في قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يحلفه.

وجه من قال: يحلف أن المدعي عسى يتعذر الوصول إلى حقه بالبينة بأن لا يعدل شهوده، فيحتاج إلى طلب التحليف حتى لا يصير مفرطاً حقه على التوى والتلف.

ووجه قول من قال: لا يحلف أن القياس يأبى استحقاق اليمين على المدعى عليه؛ لأنها تستحق بمجرد الدعوى، ومجرد الدعوى لا يصلح سبباً للاستحقاق، لكن عرفنا الاستحقاق مرتباً على البينة في قصة الحضرمي والكندي، فيبقى الاستحقاق لا بهذه الصفة على أصل القياس.

١٤٢٣١ - وإذا كانت المسألة مختلفة، فإن كان القاضي لا يرى استحلافه لا يحلفه، وإن كان يرى استحلافه يحلفه، وإذا حلفه فحلف وطلب من القاضي أن يكتب رقعة أن فلاناً ادعى على فلان كذا، وحلفه فحلف حتى لا يقدمه إلى هذا القاضي ثانياً، أو إلى قاض آخر، فيحلفه مرة أخرى أعطاه نظراً له، والقاضي بالخيار إن شاء كتب ذلك في رقعة على حدة، وإن شاء كتب ذلك في المحضر الذي كتب فيه الدعوى والإنكار، ويكتب فيه التاريخ وأشهده.

ثم الدعوى لا يخلو إما أن تقع في العين أو في الدين، فإن وقع في الدين والمدعى مكيل، فإنما تصح الدعوى إذا ذكر المدعي جنسه أي أنه حنطة أو شعير، ويذكر نوعه أنه سقي أو بري أو خريفي أو ربيعي، وصفته أنه وسط أو جيد أو رديء، ويذكر الحمراء أو البيضاء في الحنطة، ويذكر قدره فيقول: كذا قفيزاً؛ لأن الحنطة تكال بالقفيز، ويذكر بقفيز كذا؛ لأن القفزان تتفاوت في ذاتها، ويذكر سبب الوجوب؛ لأن أحكام الديون تختلف باختلاف أسبابها، فإنه إن كان بسبب السلم لا يجوز الاستبدال به، ويحتاج إلى بيان مكان الإيفاء فيه ليقع التحرز عن موضع الخلاف، وإن كان ثمن بيع جاز الاستبدال به، وبيان مكان الإيفاء فيه ليس بشرط، وإن كان من قرض لا يجوز التأجيل فيه بمعنى أنه لا يلزم

ويذكر في السلم شرائط صحته من إعلام جنس رأس المال ونوعه وصفته وقدره، وقبض رأس المال ووزنه إن كان وزنياً، وافتراقهما في المجلس حتى يصح عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وتأجيل المسلم فيه شهراً أو أكثر حتى يخرج عن حد الاختلاف، وكذا ما سوى ذلك من شرائط السلم على ما عرف في البيوع.

١٢٣٣٢ - ويذكر في القرض القبض، وصرف المستقرض إلى حاجته، لأن عند أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يصير ديناً عليه إلا بالاستهلاك، وينبغي أن يذكر في دعوى القرض أيضاً أنه أقرضه كذا من مال نفسه لجواز أن يكون وكيلاً في الإقراض، والوكيل في الإقراض سفير ومعبر، ولا يكون له حق الأخذ[١] ولا حق المطالبة بالأداء، وكذلك في كل سبب من الأسباب يذكر شرائطه، لأن كل واحد لا يهتدي إلى العلم بشرائط العقد، فينبغي أن يبين ذلك للقاضي حتى يتأمل فيه القاضي إن وجده صحيحاً عمل به، وإلا رده.

١٢٣٣٣ - وإن كان المدعى به وزنياً يذكر جنسه، فإن كان ذهباً وكان مضروباً يذكر كذا ديناراً، ويذكر نوعه أنه نيسابوري الضرب، أو بخاري الضرب، أو ما أشبه ذلك، ويذكر صفته أنه جيد أو رديء أو وسط، فإذا ذكر البخاري أو النيسابوري لا يحتاج إلى ذكر الأحمر، لأن البخاري أو النيسابوري لا يكون إلا أحمر[٢]، ولا بد من ذكر الجيد عند عامة المشايخ رحمهم الله.

وفي فتاوى النسفي رحمه الله: إذا ذكر أحمر خالص كفى، ولا يحتاج إلى ذكر الجيد، ولا بد أن يبين أنه من ضرب أي وال عند بعض المشايخ رحمهم الله، لأن في ضروب الولاة تفاوتاً، وبعضهم لم يشترطوا ذلك، وإنه أوسع، ويذكر المثقال مع ذلك، لأن الدنانير نوعان بمثقال، ويذكر نوع المثقال، لأن مثاقيل البلدان مختلفة، وإن لم يكن مضروباً لا يذكر كذا ديناراً، بل يذكر مثقالاً، فإن كان خالصاً من الغش يذكر ذلك، وإن كان فيه غش ذكر ذلك أيضاً نحو أنه نوعي أو دهقني أو [illegible]، أو ما أشبه ذلك.

(١) وكان في الأصل: حق نقد.

(٢) وكان في الأصل: إلا أحمر.

فإن كان المدعى به نقرة، وكان مضروبًا، ذكر نوعه، وهو ما يضاف إليه، وصفتها أنها جيدة أو وسطه أو رديئة، وكذا ذكر عددها كذا درهمًا وزن سبعة؛ لأن وزن الدراهم مختلف باختلاف البلدان، والمدعي في ديارنا وزن سبعة، وهو الذي كل عشرة منه بوزن سبعة مثاقيل.

وإن كانت نقرة غير مضروبة، ذكر نقرة خالصة من الغش إن كانت خالية من الغش، ويذكر نوعها نقرة سبيكة أو نقرة طمغاجي، ويذكر صفتها أنها جيدة أو وسطة أو رديئة، ويذكر قدرها كذا درهمًا، وفي ... ذكر كذا كذا طمغاجي فضي، ولا يحتاج إلى ذكر الجيد.

وإن كان المدعى به دراهم مضروبة، والغش فيها غالب، فإن كان تعامل بها وزنًا، يذكر نوعها وصفتها، ومقدار وزنها، وإن كان التعامل بها عددًا يذكر عددها، وفيها أشياء أخر تأتي في كتاب الدعوى - إن شاء الله تعالى -.

١٤٢٣١ : وإن كان الدعوى في العين، فإن كان المدعى به منقولًا، وهو هالك، ففي الحقيقة الدعوى في الذمة وهي القيمة، فيشترط بيان القدر والصفة والنوع والجنس، على ما بينا، وإن كان قائمًا، فإن كان منقولًا يمكن إحضاره مجلس الحكم، فلابد من الإحضار مجلس الحكم، ولابد من الإشارة إليه في الدعوى والشهادة، وستأتي المسألة مع فروعها في كتاب الدعوى - إن شاء الله تعالى -.

وإن وقع الدعوى في عين غائب لا يعرف مكانه، بأن ادعى رجل على رجل أنه غصب منه ثوبًا أو جارية لا يدري أنه قائم أو هالك، فإن بين الجنس والصفة والقيمة، فدعواه مسموعة، وبينته مقبولة، وإن لم يبين القيمة، وإن لم يعلم قيمته، أشار في عامة الكتب إلى أنه مسموعة، فإنه ذكر في كتاب الرهن إذا ادعى على رجل آخر أنه رهن عنده ثوبًا، وهو ينكر، فإنه يسمع دعواه.

١٤٢٣٢ - وقال في كتاب: رجل ادعى على غيره أنه غصب منه جارية، وأقام بينة على ما ادعى يسمع دعواه، وتسمع بينته.

بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: إنما يسمع دعواه إذا ذكر القيمة، وهذا القائل يحتاج إلى تأويل ما ذكر في الكتاب هذا، وكان الفقيه أبو بكر الأعمش رحمه الله يقول: تأويل

المسألة أن الشهود شهدوا على إقرار المدعى عليه بالغصب، ليثبت غصب الجارية بإقرار في حق الحبس والقضاء جميعًا عامة المشايخ رحمه الله على أن هذه الدعوى صحيحة، والبينة مقبولة، ولكن في حق الحبس. وإطلاق محمد رحمه الله في الكتاب يدل عليه

قال فخر الإسلام علي البزدوي رحمه الله: إذا كانت المسألة مختلفة ينبغي للقاضي أن يكلف المدعي بيان القيمة، فإذا كلّفه، ولم يبين تسمع دعواه، وهذا لأن الإنسان قد لا يعرف قيمة ماله، فلو كلفه بيان القيمة، فقد أضرّ به، أو يتعذر عليه الوصول إلى حقه، وإذا سقط بيان القيمة من المدعي، سقط من الشهود من الطريق الأولى، وتمام المسألة مرت في كتاب الغصب.

١٤٢٣٦- وإن وقع الدعوى في العقار، فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار المدعى بها، ثم ذكر المحلة، ثم من ذكر السكة بدأ بالأعم، وهو البلد، ثم بالأخص، وهذا فصل اختلف فيه أهل الشروط، قال بعضهم: يبدأ بالأعم، وقال بعضهم: يبدأ بالأخص، وعند أهل العلم أنه مخير إن شاء بدأ بالأعم، وإن شاء بدأ بالأخص؛ لأن المقصود هو التعريف، والتعريف حاصل بالكل، فلا بد من ذكر حدود الدار بعد هذا.

وقال جماعة من أهل الشروط: ينبغي أن يذكر في الحد لزيق دار فلان، ولا يذكر دار فلان؛ لأنه حينئذ يصير دار فلان مدعى به، لأن الحد يدخل في المحدود، وعندنا كل اللفظين على السواء، أيهما ذكر، فهو حسن؛ لأن المقصود تعريف الدار المدعى باتصالها بدار فلان، وأنه حاصل باللفظين جميعًا، وما يقول: بأن الحد يدخل في المحدود ليس كذلك؛ لأن الحد غاية والغاية لا تدخل تحت المضروب له غاية، فإن ذكر حدين لا يكفي في ظاهر رواية أصحابنا رحمهم الله، وإن ذكر ثلاث حدود كفاه، وكذلك في الشهادة إذا ذكر الشهود ثلاث حدود، قبلت شهادتهم، وكيف يحكم بالحد الرابع في هذه الصورة إذا قبلت شهادة الشهود.

قال الخصاف رحمه الله في وقفه: اجعل الحد الرابع بإزاء الحد الثالث حتى ينتهي إلى مبدأ الحد الأول، أي بإزاء الحد الأول. وإن ذكر المدعي الحدود الأربعة، وأخطأ في

واحد منهم لا تقبل شهادتهم عندنا خلافا لزفر رحمه الله، وزفر رحمه الله قاس ترك

ذكر اسم الأب والجد [illegible] والفرق أن [illegible]

بها، وبالترك لا ينتفي دعواه والله أعلم .

# الفصل الثامن
## في أفعال القاضي وصفاته

قال صاحب الأقضية رحمه الله : وأكره للقاضي أن يفتي في القضاء للخصوم ، وهذا فصل اختلف فيه العلماء رحمهم الله ، قال بعضهم : لا يفتي في مجلس القضاء أصلاً كيلا يشغله ذلك عن سماع الخصومات ، وقال بعضهم : يفتي في العبادات ، ولا يفتي في المعاملات ، مجلس القضاء وغيره في ذلك على السواء ، وهذا لأنه لو أفتى في المعاملات ، فالناس يقفون على رأيه في المعاملات ، فيشتغلون بالتلبيس فيما يقع بينهم من المعاملات والخصومات ، فيصير القاضي كالملقن والمعلم لهم ، وهذا المعنى لا يتأتى في العبادات ، وبعضهم قالوا : يفتي في المعاملات والعبادات جميعاً في مجلس القضاء وغيره ، فقد كان رسول الله ﷺ يفتي ، وكذلك الخلفاء بعده ، واتفقوا على أنه لا يفتي للخصوم حتى لا يقفون على رأيه ، فيشتغلون بالتلبيس .

١٤٢٣٧ - وفي « المنتقى » : الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لا ينبغي للقاضي أن يفتي في شيء من أمور الخصومات ، ولا يفتي أحداً يرى أنه من قبل خصم يخاصم إليه ، وإن كان رجل يثق به ، وهو لا يخاصم ، ولا يتهم أنه يستفتي لخصم يخاصم إليه ، فلا بأس بأن يفتيه .

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله : في رجلين تقدما إلى القاضي في أمر فظن القاضي أنهما إنما تقدما إليه ليعلما ما يقضي به في ذلك أقامهما من عند نفسه ؛ لأنه نصب لفصل الخصومات لا لتلقين الخصوم ، وتعليم المخارج .

قال محمد رحمه الله في « الأصل » : ولا ينبغي له أن يبيع ، ويشتري في مجلس القضاء لنفسه ، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله : ففي قوله : لنفسه إشارة إلى أن لا بأس بأن يبيع ، ويشتري ليتيم أو ميت مديون ؛ لأن ذلك من عمل القضاء ، ومباشرته من باب القضاء أنفى للتهمة ، وإنما لم يكن له أن يبيع ، ويشتري في مجلس القضاء لنفسه ؛ لأن البيع والشراء يجري فيهما المماكسة عادة ، فيذهب حشمة المجلس .

١٤٢٣٨ - ولو باع واشترى [illegible] في غير مجلس القضاء جاز عندنا، فقد باشر رسول الله ﷺ ذلك، وكذلك الخلفاء بعده، والمعنى فيه أن حاجته إلى البيع والشراء بعد تقلد القضاء كحاجته إليه قبل تقلد القضاء، وقبل القضاء ملك البيع والشراء لحاجته، فبعد القضاء يملك لحاجته أيضاً.

ومن المشايخ رحمهم الله من قال: إن كان يكفى مؤنته من جهة بيت المال، أو يبيع ويشتري ممن يعلم أنه يحابيه لحشمة القضاء، يكره له أن يبيع ويشتري بنفسه، وإن لم يكن يكفى مؤنته من جهة بيت المال، ويبيع ويشتري ممن يعلم أنه لا يحابيه لحشمة القضاء، فلا يكره له ذلك.

وأطلق المسألة في «المنتقى» فقال: ولا ينبغي له أن يشتري، ولا يبيع ما دام قاضياً، وينبغي أن يولي ذلك غيره ممن يثق به، ولا ينبغي له أن يستقرض إلا من صديق له، أو خليط له كان قبل أن يستقرض، ولا يخاصم إليه، ولا يعلم أنه يعين خصماً، وكذلك الاستعارة.

١٤٢٣٩ - يشيّع الجنازة، ويعود المريض؛ لأن هذه الأشياء من حقوق المسلم على المسلم، قال النبي ﷺ: «ست من حقوق المسلم على المسلم»[١]، وذكر من جملتها أن يشيّع جنازته، وأن يعوده مريضاً، وما كان على الإنسان من حق غيره لا يسقط بتقليد القضاء، ولكن لا يطيل مكثه في ذلك المجلس؛ لأن الذين حضروا مجلسه ينتظرونه، ولا يمكن أحداً من الخصوم يتكلم معه في ذلك المجلس بشيء من الخصومات؛ لأن الخصم الآخر يتهمه، ولا يقضي وهو غضبان. قال رسول الله ﷺ: «لا يحكم الحاكم بين اثنين وهو غضبان»[٢].

واختلف عبارة المشايخ رحمهم الله في تخريج المسألة بعضهم قالوا: لا يأمن من أحد الخصمين إذا تقدما إليه، كما هو العادة أن الإنسان إذا غضب يتبرم عن تقدم إليه،

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٢/ ٢٥٧) [illegible]، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٣/ ٣٩)، وابن رجب في جامع العلوم والحكم (١/ ٤١٤).

(٢) أخرجه الترمذي في سننه (١٣٣٤)، والنسائي في سننه الصغرى (٥٤٢١)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٢٩٧٠) و(٢٢٩٩٨)، والشافعي في مسنده (٢/ ٢٧٩)، وأبو عوانة في مسنده، والبزار في مسنده (٣٦١٩).

فيكون ذلك ظلمًا منه، وهذا القائل لا يفصل بينما إذا كان وجه القضاء بيّنا، أو لم يكن بيّنا، وإطلاق الحديث يشهد لهذا القائل، وبعضهم قالوا: سبب الغضب يتفرّق رأيه، فيشتبه عليه جهة الصواب، وهذا القائل يُفصل بينما إذا كان وجه القضاء بيّنا، وبينما إذا لم يكن وجه القضاء بيّنا؛ لأن وجه القضاء إذا لم يكن بيّنا، يحتاج فيه إلى التأمل والاجتهاد، فيغضب، تفرّق الرأي بخلاف ما إذا كان بيّنا؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى التأمل والاجتهاد، ولهذا القائل يقول: بأن الحديث محمول إذا لم يكن وجه القضاء بيّنا، وكذلك لا يقضي إذا دخله نعاس؛ لأن الذي دخله نعاس لا يفهم، فلا يدري بأي شيء يقضي.

١٤٢٤٠ - ولا يقضي وهو جائع أو عطشان؛ لأن الجوع يقطع الرأي والعطش كذلك، فيشتبه عليه جهة الصواب، قالوا: وذا إذا لم يكن وجه القضاء بيّنا، فأما إذا كان وجه القضاء بيّنا فلا بأس بأن يقضي.

١٤٢٤١ - وعن هذا قال مشايخنا رحمهم الله: لا ينبغي له أن يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس للقضاء؛ لأنه ربما يلحقه جوع مفرط، أو عطش مفرط، فيضعف رأيه، ويعجز عن إدراك الصواب، وكذلك لا يقضي، وهو كظيظ الطعام؛ لأنه إذا كان هكذا يغلّ النوم ويهبّ النوم، ولكن ينبغي أن يكون على اعتدال الأحوال لا يكون كظيظ الطعام، ولا يكون به جوع مفرط، ولا عطش، وكذلك لا يقضي، وهو يدافع أحد الأخبثين؛ لأنه يتفرق برأيه، قالوا: إذا كان وجه القضاء بيّنا لا بأس بأن يقضي.

١٤٢٤٢ - قال مشايخنا رحمهم الله: وينبغي للقاضي إذا كان شابًا أن يقضي شهوته في أهله قبل أن يجلس للقضاء، حتى إذا حضرته الشابات من النساء لا يشتغل قلبه بهن، فيقدر على إدراك الصواب.

١٤٢٤٣ - ولا ينبغي له أن يتعب نفسه في طول الجلوس، ولكن يجلس في طرفي النهار، أو ما أطلق، وكذلك الفقيه والمفتي، ولا يمازح الخصوم، ولا أحدهما؛ لأن المزاح يُذهب مهابة المجلس، ولا يضحك في وجه أحدهما؛ لأن بسببه يجترئ على خصمه، وكذلك لا يومئ إلى أحدهما إيماء لهذا المعنى، ولا يعبس وجهه عليهما، ولا على أحدهما، ولا يعجل للخصوم الإتيان بحججهم؛ لأن ذلك يضر بهم، وفي

الأصل: ولا يخوف الخصم، ومعناه أن يتكلف بتخويف الخصوم؛ لأن ذلك يمنعهم عن إظهار الحق والحجة.

١٤٢٤٤- ولا يقضي وهو يمشي أو يسير على الدابة؛ لأنه قلما يمكن تأمل الحجج في هذه الحالة، وكذلك قال مشايخنا رحمهم الله في المفتي: لا ينبغي أن يفتي وهو يمشي لكن يجلس في موضع، فإذا استقر فيه أفتى، ومنهم من قال: لا بأس بأن يفتي في الطريق إذا كانت المسألة واضحة.

قال في «الأصل»: ويقدم على منازلهم في المجيء الأول فالأول، ولا يتقدم أحد جاء قبله غيره، يعني في سماع الخصومة، فقد اعتبر محمد رحمه الله السبق، والمتقدمون من المشايخ رحمهم الله قبل الخصاف رحمه الله كانوا يعتبرون السبق أيضاً، والخصاف رحمه الله اعتمد على الرقاع، وصورة الإرقاع أن يأمر القاضي كل مدعي حتى يكتب اسمه، واسم خصمه في رقعة، ثم يقرع بينهم، فمن خرجت قرعته أولاً تسمع خصومته.

١٤٢٤٥- وصورة القرعة أن يجعل(١) القاضي الرقاع في جراب، أو في كمه، ثم يدخل يده، ويخرج رقعة منها، فمن خرجت رقعته أولاً، تسمع خصومته، ثم يدخل ويخرج رقعة أخرى، ويفصل تلك الخصومة، هكذا يفعل حتى يأتي على الكل، وهذا إذا كان الخصوم عدداً يعرف القاضي من طريق الحزر والظن أنه يقدر على فصل خصومتهم في هذا اليوم، فأما إذا كثروا وعلم القاضي أنه لا يقدر على فصل الكل في هذا اليوم، يأخذ القاضي أو كاتبه الرقاع، ويجعل كل عشرين، أو نحو ذلك على قدر طاقة القاضي الجلوس لهم، والصبر عليهم إضبارة(٢)، ويكتب لكل إضبارة منها رقعة فيها اسم أشهرهم، ثم يجعل كل رقعة منها في جراب على نحو ما بينا، ويقرع بين الكل جملة، فكل رقعة إضبارة خرجت أولاً، فلهم يوم السبت، وكل رقعة إضبارة خرجت بعد ذلك، فلهم يوم الأحد إلى آخره، ويعلم الخصوم الذين في كل إضبارة أن أسماءهم في إضبارة كذا التي موعدها يوم كذا حتى لا يكثر ترددهم على باب القاضي، ويحتاج في

(١) هكذا في الأصل و«م»، وكان في ط: يكتب مكان: يجعل.

(٢) الإضبارة: الحزمة من الصحف، ضم بعضها إلى بعض، وكان في الأصل و«م»: إضبار.

من الخصوم للقاضي إني غريب عازم على الرجوع إلى وطني، فقدّمني على سائر الخصوم لأجل الغربة، فالقاضي لا يقبل قوله بدون البينة؛ لأنه ادعى لنفسه حق التقديم، فيعتبر بما لو ادعى لنفسه حقًا آخر، وهناك لا يقبل قوله بدون البينة، فكذا ههنا. ولا يشترط العدالة في هذه البينة، حتى لو أقام شاهدين مستورين، قبل القاضي ذلك منه، إذ ليس في هذا كثير إلزام[1]. وللقاضي ولاية تقديمه في الجملة بدون البينة.

ومن أصحابنا من قال: يسأله عمن يريد السفر، فإن أخبر بذلك سأل الرفقة متى يخرجون، وإن فلانًا هل يخرج معكم، وهل استعد لسفرهم؛ لأن الاستعداد للسفر يصلح علامة على السفر. قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ أَرَادُوا الْخُرُوجَ لَأَعَدُّوا لَهُ عُدَّةً﴾[2].

فإن قالوا: نعم، يثبت ما ادعاه، ويقدمه القاضي. وعلى هذا [illegible] إذا زعم المستأجر أنه يريد السفر، وأراد نقض الإجارة بعذر السفر، فالقاضي لا يقبل قوله بدون البينة، ولكن يسأله عمن يريد السفر والخروج، وإذا أخبر بذلك سأل رفقته: متى يخرجون؟ وإن فلانًا هل يخرج معكم؟ وهل استعد للخروج؟ فإن قالوا: نعم تحقق العذر ويجب أن يفسخ. وإن رأى القاضي تقديم النسوان، فعل ذلك؛ لأن مبنى حالهن على الستر، وتأخيرهن يؤدي إلى التشهير؛ لأنه يجتمع على باب القاضي أناس مختلفون، والتشهير ينافي الستر.

وإن رأى القاضي أن يجعل لهن نوبة على حدة في يوم واحد من أيام الجمعة، فعل ذلك؛ لأن في اختلاطهن بالرجال فتنة، فيجعل لهن نوبة على حدة نفيًا للفتنة. وهذا إذا كانت الخصومات بين النسوان، فأما إذا كانت بين النسوان والرجال، يعتمد في ذلك على الإقراع والسبق، على نحو ما بينا - والله أعلم بالصواب -.

---

(١) هكذا في ط، وكان في الأصل وم: التزام، وفي نسخة: ط أمر.

(٢) سورة التوبة، الآية ٤٦.

## الفصل التاسع
## في رزق القاضي وهديته ودعوته وما يتصل به

١٤٢٤٧ - ولا بأس بأن يأخذ القاضي رزقاً من مال بيت المال، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله في «أدب القاضي» وعلل فقال: لأنه عامل من عمال المسلمين، وقاسه على عمالة عامل الصدقات، قال: وقد ذكر هشام عن محمد رحمه الله أنه كان لا يرى بأساً بأن يأخذ القاضي رزقاً من مال بيت المال، ويروى عن محمد رحمه الله أن القضاة من السلف قد رزقوا من بيت المال، فلا بأس بأن يرزق القاضي في زماننا. وإن تعفف وتنزه ولم يرتزق[1] فذلك أفضل؛ لأن القضاة من السلف منهم من لم يرتزق كمسروق وقاسم.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: تحصيل الجواب في هذه المسألة أن القاضي إذا كان ذا ثروة ويسار، فالأولى أن لا يرتزق، كما فعل عثمان رضي الله عنه، وإن كان صاحب حاجة[2]، فالأولى أن يرتزق، كما فعل أبو بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم؛ وهذا لأنه فرغ نفسه لعمل المسلمين، وعجز عن التكسب، فمتى لم يأخذ كفايته من مال بيت مال المسلمين، فإما أن يقصر في عمل المسلمين، أو يطمع في مال المسلمين، وفساد ذلك مما لا يخفى.

وذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي رحمه الله: أن القاضي إذا كان فقيراً لا يترك حتى لا يرتزق، وإن كان غنياً، فبعض مشايخنا رحمهم الله على أن الأولى أن يرتزق حتى لا يصير ذلك سنة فيكون [illegible]، وقد يكون من بعده فقيراً فيصعب عليهم الأمر.

وكما يعطى كفاية القاضي من مال بيت المال، يعطى كفاية عياله، ومن يمونه من أهله وأعوانه في مال بيت المال؛ لأن الغنى لا يوجب الفصل، ولم ينقل عن محمد رحمه

(١) وفي م: ولم يرزق.

(٢) هكذا في الأصل وظ، وكان في م: خصاصة.

الله أن القاضي هل يأخذ الرزق في يوم البطالة ، وقد اختلف المتأخرون فيه ، والصحيح أنه يأخذ .

فأما أجر كتب القاضي وأجر قسامه ، فإن رأى القاضي أن يجعل ذلك على الخصوم ، فله ذلك ، وإن رأى أن يجعل ذلك في مال بيت المال ، وفي سعة فلا بأس به ، وعلى هذه الصحيفة التي يكتب فيها الدعوى الذي يدعي المدعي ، وشهادتهم إن رأى القاضي أن يطلب ذلك من المدعي ، فله ذلك ؛ لأن منفعة ذلك تعود إليه ، وإن كان في بيت المال سعة ، ورأى أن يجعل ذلك في بيت المال ، فلا بأس به .

وقال أبو يوسف في قاضي أجرى له ثلاثون درهماً ثمن القرطاس والصحف : أكره له أن يصرف شيئاً من ذلك إلى غير ما جعل إليه ، وأما الكلام في هديته ، فنقول : هدايا القاضي أنواع : هدية ممن له خصومة ، فليس له أن يقبلها ، سواء كان بين القاضي والمهدي مهاداة قبل القضاء أو لم يكن ، وسواء كان بينهما قرابة أو لم يكن ؛ لأنه تتبع الرشوة والأكل بسبب القضاء .

١٤٢٤٨ - وهدية ممن لا خصومة[1] له وأنها على نوعين : إما أن تكون بينهما مهاداة قبل القضاء بسبب القرابة أو الصداقة ، أو لم يكن ، فإن لم يكن لا ينبغي له أن يتقبلها ؛ لأنه إنما أهداه لأجل القضاء ، فيتبعه الرشوة والأكل بسبب القضاء ، وإن كان بينهما مهاداة قبل القضاء ، فإن أهداه بعد القضاء مثل ما كان يهديه قبل القضاء ، فلا بأس بأن يقبلها ، ويحمل ذلك على المباسطة السابقة ، حملاً لأمر المسلمين على الصلاح والسداد بالقدر الممكن ، وإن كان أهداه بالزيادة على ما يهديه قبل القضاء ، فإنه لا يأخذ الزيادة ؛ لأن الزيادة كانت للقضاء .

قال الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي رحمه الله : إلا أن يكون مال المهدي قد ازداد ، فبقدر ما ازداد ماله إذا ازداد في الهدية ، فلا بأس بقبولها ، وإن لم يكن بينهما مهاداة ، وكان بينهما قرابة ، فللقاضي أن يقبل هديته ، هكذا ذكر القدوري رحمه الله ؛ لأن في قبول هديته صلة الرحم ، وأنها فرض .

١٤٢٤٩ - ثم إذا أخذ الهدية ، ولم يكن له أخذها ، أو أخذ الزيادة ، ولم يكن له

(١) وفي م : وهدية ممن لا خصومة له ، فليس له أن يقبلها ، وأنها على نوعين .

في "شرحه".

وحكي عن الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: أن صاحب الدعوة إن كان بحال لو علم أن القاضي لا يحضر لا يتخذ الدعوة، فهذه الدعوة خاصة لا يجيبها، وإن كان بحال لو علم أن القاضي لا يحضر يتخذ الدعوة، فهذه دعوة عامة، فيجيبها، ولم يفصل في الدعوة الخاصة بين القريب، وبين الأجنبي، وكذا لم يفصل بينما إذا كان بين القاضي، وبين صاحب الدعوة مباسطة قبل القضاء، وكان يتخذ الدعوة لأجله، أو لم يكن، وذكر القدوري رحمه الله: أن القاضي يجيب الدعوة الخاصة في المحرم، وهكذا ذكر شمس الأئمة الحلواني في "شرح أدب القاضي".

وذكر الطحاوي في "مختصره": أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يجيب الدعوة الخاصة من القريب، وعلى قول محمد رحمه الله: يجيب، وذكر شمس الأئمة السرخسي، وشيخ الإسلام رحمهما الله أن صاحب الدعوة إن كان ممن لا يتخذ الدعوة للقاضي قبل تقلده القضاء لا يجيب دعوته، القريب والأجنبي في سواء؛ لأن الظاهر أنه إنما فعل ذلك لأجل القضاء خاصة، وإن كان ممن يتخذ الدعوة للقاضي قبل تقلده القضاء، فالقاضي يجيب دعوته، القريب والأجنبي في ذلك على السواء؛ لأنه لا يكون ذلك بسبب القضاء ظاهراً، وقيل: صاحب الدعوة إذا كان يتخذ الدعوة قبل القضاء في شهر مرة، وبعد القضاء في كل أسبوع مرة، فالقاضي لا يجيب دعوته إلا في كل شهر مرة، وكذا إذا كان صاحب الدعوة زاد في الباجات بعد القضاء على ما كان يتخذ قبل القضاء، فالقاضي لا يجيب الدعوة له إلا أن يكون مال صاحب الدعوة قد ازداد، فبقدر ما زاد من ماله ازداد في الباجات، فالقاضي يجيبه، وهذا كله إذا لم يكن لصاحب الدعوة خصومة.

فأما إذا كان لصاحب الدعوة خصومة لا يجيب دعوته، وإن كان بينهما قرابة، أو مباسطة قبل القضاء؛ لأنه يصير آكلا بقضائه معنى.

**ومما يتصل بهذا الفصل فصل الرشوة:**

١٤٢٥٨ - واعلم أن الرشوة أنواع: نوع منها: أن يهدي الرجل إلى الرجل مالاً لابتغاء التودد والتحبب، وهذا النوع حلال من جانب المهدي والمهدى إليه، قال رسول الله ﷺ: «تهادوا تحابوا»(١).

ونوع منها: أن يهدي الرجل إلى رجل مالاً؛ لأن ذلك الرجل قد خوّفه، فيهدي إليه مالاً ليدفع الخوف من نفسه، أو يهدي إلى السلطان مالاً ليدفع ظلمه عن نفسه، أو ماله، وهذا نوع لا يحل للآخذ الأخذ، وإذا أخذ يدخل تحت الوعيد المذكور في هذا الباب؛ لأنه يأخذ المال للكفّ عن التخويف والظلم، والكفّ عن التخويف والظلم واجب بحكم الإسلام، ولا يحل أخذ المال بمقابلة الواجب، وهل يحل للمعطي الإعطاء، عامة المشايخ رحمهم الله على أنه يحل؛ لأن يجعل ماله وقاية لنفسه، أو يجعل بعض ماله وقاية للباقي، وكل ذلك جائز، وموافق للشرع، وقد صحّ عن ابن مسعود رضي الله عنه: أنه رشى دينارين بالحبشة، ونجى نفسه.

وعن جابر رضي الله عنه أنه قال: لم نجد في زمن بني أمية أنفع لنا من الرشاء، قال القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله: تعلق هذا إذا كان الرجل في قرية فيها ظالم، وكان الرجل يهدي إلى الظالم شيئاً من الفواكه، ومن المطعومات ليدفع ظلمه عن نفسه لا بأس به، والخصاف رحمه الله علق حل الإعطاء بالرجاء، فقال: رجونا أن لا يكون آثماً.

ووجه ذلك: أن القبض حرام، والإعطاء تمكين من القبض، والتمكين من الحرام حرام؛ إلا إن قصد المعطي في هذا دفع الظلم عن نفسه لا التمكين من الحرام، فمن هذا الوجه لا يكون حراماً، ومن ذلك الوجه يكون حراماً، فعلقه بالرجاء لهذا.

ونوع منها: أن يهدي الرجل إلى رجل مالاً ليسوي أمره فيما بينه وبين السلطان، ويعينه في حاجته، وأنه على وجهين: الأول: أن يكون حاجته حرامًا، وفي هذا الوجه

(١) أخرجه البخاري في «الأدب المفرد» (٥٩٤)، وأبو يعلى في «مسنده» (٦١٤٧)، والطبراني في «الأوسط» (٧٢٤٠)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٧٢٦) من حديث أبي هريرة، وفي «شعب الإيمان» (٨٩٧٦-٨٩٧٧)، وأبو بكر في «مكارم الأخلاق» (٣٦١)، والشهاب في «مسنده» (٦٥٧)، وفي «التمهيد» لابن عبد البر (٦/١١٦).

كتاب الصلاة أن الإمام أو المؤذن إذا جمع لهم القوم شيئاً، وأعطوه من غير أن يشترط عليهم، فهو أحسن منه، فقد سمي ذلك حسناً، وإن كان يعلم أنهم إنما أعطوه بسبب الإمامة والأذان مع ذلك سماه حسناً، وجعل بمنزلة البر والصلة لما كان الإعطاء بغير شرط، كذا هاهنا.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : يحكي عن الأستاذ القاضي الإمام أبي علي النسفي رحمه الله : أنه ينظر في هذا إلى العمل الذي أقامه، فإن كان شيئاً لو استأجر على ذلك، يستحق الأجر بأن يعينه رسولاً إلى ظالم[1]. فلما بلغه الرسالة أعطاه المهدي، يحل له الأخذ، وما لا فلا، هذا إذا لم يكن بينهما تهادي قبل ذلك بسبب من الأسباب، فأما إذا كان بينهما تهادي قبل ذلك بسبب صداقة، أو قرابة، فأهدى إليه كما كان يهدي قبل ذلك، ثم إن المهدى إليه قام لإصلاح أمره، فالأمر حسن؛ لأن مجازاة الإحسان بالإحسان، ومقابلة الكرم بالكرم.

نوع من ذلك أن يهدي الرجل إلى سلطان ليقلد القضاء، له أو عملاً آخر، وهذا نوع لا يحل للآخذ، ولا للمعطي الإعطاء؛ لأن المعطي إنما يعطي ليأخذ أموال الناس، وليظلم عليهم، والآخذ إنما يأخذ ليسلطه على الظلم.

ومن أخذ القضاء بالرشوة، هل يصير قاضياً؟ الصحيح أنه لا يصير قاضياً، ولو قضى لا ينفذ قضاؤه.

ونوع من ذلك : أن يهدي الرجل إلى قاضي ليقضي له، وهذا نوع لا يحل للآخذ الأخذ، ولا للمهدي الإعطاء.

أما لا يحل للآخذ الأخذ؛ لأن القضاء إن كان بالجور، فالقضاء بالجور حرام، وإنما أخذ المال لمباشرة الحرام، وإن كان القضاء بحق، فلأن القضاء بالحق عبادة، وأخذ المال على العبادات لا يجوز.

وأما لا يجوز الإعطاء؛ لأنه إن كان القضاء له بالجور، فإنما يعطي المال لأجل الحرام، وإن كان القضاء بالحق؛ فلأن إعطاء المال لمقصود لا حصول له، فيكون سفهاً، والسفه حرام، بيان هذا أن المقصود من هذا الإعطاء أن يقضي له، فيصير المدعى به حقاً،

---

[1] وكان في الأصل : إلى الظالم.

وملكًا له، وإنما يصير المدعى به حقًا وملكًا على تقدير نفاذ القضاء، وقضاء القاضي فيما ارتشى باطل؛ لما نبين بعد هذا - إن شاء الله تعالى -.

قال الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي": وإذا قبل القاضي الرشوة، وقضى للراشي، فقضاؤه فيما ارتشى باطل، وقضاياه فيما لم يرتش نافذة، وبه أخذ شمس الأئمة الحلواني وشمس الأئمة السرخسي رحمهما الله.

وذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي رحمه الله: أن قضاياه نافذة فيما ارتشى، وفيما لم يرتش، وقال بعض مشايخ العراق: قضاياه باطلة فيما ارتشى، وفيما لم يرتش.

١٤٢٥٢ - واعلم بأن القاضي بأكل الرشوة يصير فاسقًا؛ لأن أكل السحت، وأنه يوجب الفسق والقاضي بالفسق ينعزل عند بعض مشايخ العراق، وعند بعض مشايخ العراق وعامة مشايخنا رحمهم الله: أنه لا ينعزل، ولكن يستحق العزل، وقد ذكرنا هذا في صدر الكتاب، ثم على قول بعض مشايخ العراق: إذا انعزل لا شك أنه لا تنفذ قضاياه أصلاً، لا فيما ارتشى، ولا فيما لم يرتش، وعند مشايخنا، وبعض مشايخ العراق رحمهم الله: إذا لم ينعزل تنفذ قضاياه فيما لم يرتش بلا خلاف، وفيما ارتشى اختلفوا على نحو ما بينا، فوجه قول من قال: إنه ينفذ؛ لأن على قضاء بعد وجه قول من قال: لا ينفذ أنه قضى بخلاف أمر الشرع؛ لأن الشرع أمره بقضاء لا يعتاض عنه، فقضاء يعتاض عنه يكون بخلاف أمر الشرع، فيكون باطلاً حتى قالوا: لو رد الرشوة، ثم حكم ينفذ حكمه؛ لأنه ما اعتاض عن قضاء.

١٤٢٥٣ - وإن ارتشى ولد القاضي، أو كاتبه، أو من أشبههما، فإن كان ذلك بأمر القاضي ورضاه، فهذا وما لو ارتشى القاضي بنفسه سواء، وإن كان بغير أمر القاضي ورضاه نفذ قضاؤه؛ لأن ما اعتاض عن قضائه، فلم يكن قضاؤه بخلاف أمر الشرع - والله أعلم بالصواب -.

## الفصل العاشر
## في بيان ما يكون حكماً، وما لا يكون حكماً
## وما يبطل به الحكم بعد وقوعه صحيحاً، وما لا يبطل

قال مشايخنا رحمهم الله: ينبغي للقاضي إذا أراد الحكم أن يقول للخصمين: أحكم بينكما، وهذا على وجه الاحتياط حتى إنه إذا كان في التقليد خلل يصير حكماً بتحكيمهما.

١٤٢٥٤ وإذا قال القاضي: ثبت عندي أن لهذا على هذا كذا، وكذا هل يكون هذا حكماً من القاضي، كان القاضي الإمام أبو عاصم العامري رحمه الله يفتي بأنه حكم، وهو اختيار شمس الأئمة الحلواني، واختيار الصدر الشهيد رحمهم الله، وكان القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي رحمه الله يقول: لا بد وأن يقول القاضي: قضيت، أو يقول: حكمت، أو يقول: أنفذت عليك القضاء، وهكذا ذكر الناطفي رحمه الله في "واقعاته"، والمذكور ثمه إذا ادعى رجل داراً في يدي رجل، فقال القاضي للمدعى عليه: لا أرى لك حقاً في هذه الدار، فهذا لا يكون حكماً، وهكذا كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله، وكان يقول: إذا ظهرت عدالة الشهود في دعوى دين محدود، وطلب المدعي الحكم من القاضي، فقال القاضي للمدعى عليه: اين محدود باين مدعي ده، فهذا لا يكون حكماً من القاضي، وينبغي أن يقول: حكم كردم به اين محدود، واين مدعي را، والصحيح أن قوله: حكمت وقضيت ليس بشرط، وأن قوله: ثبت عندي يكفي، وكذلك إذا قال: ظهر عندي أو قال: صح عندي، أو قال: علمت، فهذا كله حكم.

١٤٢٥٥ وإذا قال القاضي بعد ما قضى في حادثة: رجعت عن قضائي، أو قال: بدا لي غير ذلك، أو قال: وقفت على تلبيس من الشهود، وأراد أن يبطل حكمه لا يعتبر هذا الكلام منه، والقضاء ماضٍ على حاله، إذا كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة، وعدالة الشهود ظاهرة.

في «فتاوى النسفي» رحمه الله: ادعى حرية نفسه، وقضى القاضي بما بينة أقامها العبد، ثم قال العبد: كذبت أنا عبد هذا الرجل، هل يبطل القضاء بالحرية، ولا رواية لهذه المسألة في شيء من الكتب، قالوا: وينبغي أن لا يبطل القضاء، وهذا بخلاف ما لو ادعى رجل على مالاً، وقضى القاضي بالمال للمدعي ببينة، ثم قال المدعي: كنت كاذباً فيما ادعيت، حيث يبطل القضاء.

والفرق أن في الحرية حق الله تعالى، والعبد لا يقدر على إبطال حق الله تعالى، ولا كذلك المال؛ لأن المال من العبد، والعبد يقدر على إبطال حقه.

١٤٢٥٦ - وإذا قال المدعي بعد القضاء: المقضي به ليس بملكي، لا يبطل القضاء، بخلاف ما إذا قال: لم يكن ملكي، وهذا لأن قوله: ليس ملكي يتناول الحال، وليس من ضرورة نفي الملك للحال انتفاؤه من الأصل، بخلاف قوله: لم يكن ملكي.

١٤٢٥٧ - المقضي له إذا قال: ما قضي به لي فهو حرام لي، وأمر إنساناً أن يشتري ذلك له من المقضي عليه، فهذا يبطل الحكم له، وكذلك إذا لم يقل: هو حرام، ولكن أمر إنساناً يشتري ذلك له من المقضي عليه، فهذا يبطل الحكم؛ لأن الأمر بالشراء دليل على أن لا حق له في المشترى، والإنسان لا يشتري ملك نفسه، ولا يأمر غيره بذلك. تكذيب المشهود له الشهود، وتفسيقه إياهم قبل القضاء، وتكذيبه وتفسيقه إياهم بعد القضاء يبطل القضاء على ما عليه إشارات الأصل في «الجامع»، وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله يقول: تفسيق المشهود له الشهود بعد القضاء لا يبطل القضاء، ويعلل فيقول: لأن الفاسق ربما يكون صادقاً، ولهذا يصلح شاهداً عندنا، فعلى اعتبار أنه كان صادقاً لا يجوز إبطال القضاء، وعلى اعتبار أنه كان كاذباً يجوز إبطال القضاء، ولا يجوز إبطال القضاء بالشك، كما لا يجوز القضاء بالشك، فظن بعض مشايخنا رحمهم الله أن ما قال القاضي الإمام رحمه الله مخالف لإشارات الجامع، وليس كذلك؛ لأن المراد مما ذكر في «الجامع» تفسيق ينشأ من تكذيب المشهود له، وأنه يوجب بطلان القضاء، كما يمنع جواز القضاء، والمراد مما قاله القاضي الإمام نفس التفسيق، بأن قال: هم زناة، هم شاربو خمر، لا تفسيق ينشأ عن التكذيب، ونفس التفسيق يمنع القضاء، أما لا يبطل القضاء.

١٤٦٥٨ - قال محمد رحمه الله في «الجامع»: وإذا قضى القاضي بالدار للمدعي ببينة أقامها، فأقر المقضي له أن هذه الدار لفلان، لا حق له فيها، وصدقه فلان في ذلك، فقال المقضي عليه للمقضي له: قد أكذبت شاهديك حين أقررت أنها لفلان، لا حق لك فيها، وأقررت بخطأ القاضي في قضائه، فرد الدار علي أو قيمتها، فإنه لا ضمان على المقر، ولا سبيل للمقضي عليه لا على الدار ولا على المقضي له؛ لأن القضاء نفذ من حيث الظاهر، ووقع الشك في نقضه؛ لأن قول المقضي له: هي لفلان، محتمل، يحتمل أن يكون قد أخذها منها بسبب سابق على القضاء، ويحتمل أن يكون تلقاها لفلان عنه بسبب حادث بعد القضاء، أوجب نقله إلى فلان، فوقع الشك في نقض القضاء، فلا ينقض بالشك.

فإن قيل: هذا الاحتمال إنما يتأتى فيما إذا أقر به بعد ما مضى من مجلس القضاء، لا يتأتى قبل التفرق، والجواب فيهما واحد. قلنا: لا، بل يتأتى قبل الغيبة أيضًا، بأن يقول المدعي: الدار إن كانت لي من الأصل، ولكن بعتها من فلان، على أنه بالخيار ثلاثة أيام حتى يثبت الدار على ملكي في مدة الخيار، ثم إن المقضي عليه استولى على الدار وغصبها، ثم كما قضى القاضي بالدار لي مضت مدة الخيار عقيبه بلا فصل، فأمكن الجمع بين هذا الإقرار وبين الدعوى الأولى، والشهادة على هذا الوجه، وإذا كان هذا الوجه محتملًا، لا يجوز نقض القضاء بالشك.

ولو لم يقل: على هذا الوجه، ولكن قال بعد القضاء: هذه الدار لفلان، ولم تكن لي قط، ثم بدأ بالإقرار لفلان، ثم بالنفي عن نفسه، أو بدأ بالنفي عن نفسه، ثم بالإقرار لفلان، وقال: هذه الدار لم تكن لي قط، وإنما هي لفلان، وإن صدقه المقر له في جميع ذلك، ترد الدار على المقضي عليه في الوجهين جميعًا؛ لأنه أكذب شهوده، وأقر ببطلان القضاء؛ إذ لا يمكن الجمع بين هذا الإقرار وبين الدعوى الأولى والشهادة، ولا شيء على المقر للمقر له؛ لأنه ادعى ما يبطل إقراره؛ لأنه ادعى أنه لم يكن له قط، وعلى هذا الاعتبار لا يصح إقراره بالملك لغيره، وقد صدقه المقر له في ذلك، فبطل إقراره.

وأما إذا صدقه المقر له في الإقرار، وكذبه في النفي، بأن قال المقر له: الدار كانت

للمقر، وهبها لي بعد القضاء، وقبضتها منه، ذكر في «الكتاب» : أن الدار يدفع إلى المقر له. وهذا الجواب ظاهر فيما إذا بدأ بالإقرار، ثم بالنفي؛ لأنه يدعي بطلان الإقرار بعد صحته ظاهراً؛ لأن الدار ملك المقر وقت الإقرار ظاهراً، والمقر له كذبه في بطلان إقراره، فلم يبطل إقراره، ويضمن قيمة الدار في هذا الوجه للمقضي عليه؛ لأن في زعمه أنه غاصب الدار، وقد عجز عن تسليمها بسبب إقراره الأول، فيضمن قيمتها كما لو انهدمت الدار. مشكل فيما إذا بدأ بالنفي، وفي هذا الوجه ينبغي أن لا يصح إقراره؛ لأنه لما بدأ بالنفي، فقد أكذب شهوده فيما شهدوا به؛ لأنهم شهدوا أن الدار من الأصل له، وقد أقر أنها ليست له من الأصل، وقد أقر ببطلان القضاء، وأن الدار ملك للمقضي عليه، فإذا قال بعد ذلك : ولكن لفلان جعل مقراً بملك الغير، فينبغي أن لا يصح إقراره.

والجواب أن تصحيح إقراره واجب ما أمكن، وأمكن تصحيح إقراره بتقديم إقراره على النفي، والتقديم والتأخير شائع في الكلام، فقدمنا إقرار تصحيحاً، ولكن يجب أن يكون قوله . ولكنه لفلان موصولاً بالنفي؛ لأنه إنما يقدم الإقرار، ويؤخر تصحيحاً إذا كان الكلام بعضه موصولاً بالبعض، قالوا . ما ذكر محمد في الكتاب : أن المقر له إذا قال : وهبها لي بعد القضاء، وقبضتها منه، فهي لي بالهبة، إنما يصح هذا إذا غابا عن مجلس القضاء، حتى أمكن للقاضي تصديق المقر له فيما ادعى من الهبة، فأما إذا قال هذا في مجلس القضاء، فقد علم القاضي بكذبه؛ لأنه علم أن لم تجر بينهما هبة، وما يكون كذباً كان وجوده والعدم بمنزلة، فينبغي أن لا يصح إقرار المقر في هذا الوجه .

قالوا أيضاً : قول محمد رحمه الله في الكتاب : أن القاضي يقضي بقيمة[1] الدار للمقضي على المقضي له قول محمد رحمه الله، وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول؛ لأن العقار إنما تضمن بالغصب عند محمد وأبي يوسف الأول رحمهما الله .

ومنهم من قال : هذا قول الكل؛ لأن العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله الآخر يضمن بإتلاف الملك إن كان لا يضمن بالغصب، ألا ترى أنه يضمن بالشهادة بالملك عند الرجوع، وإنما يضمن لإتلاف الملك، والمقضي له أتلف الملك على

(١) هكذا في الأصل و م، وكان في ظ : وقيمة .

للمقضي عليه ههنا.

ولو قال المقضي له: هذه الدار ليست لي، إنما هي لفلان، فهذا وما لو قال: هذه الدار لفلان لا حق لي فيها سواء، حتى لا يبطل قضاء القاضي بالدار للمقضي له، لأن قوله: ليست لي، نفي لملكه للحال، فيحتمل أنه نفاه للحال؛ لأن ملكه قد تقرر له بعد القضاء، ويحتمل أنه إنما نفاه للحال؛ لأنه لم يكن له من الأصل، فلا يبطل القضاء بالشك.

وفي الجامع أيضاً: رجل في يده دار، جاء رجل، وادعى أنها كانت لأبيه، مات وتركها ميراثاً له، وأقام على ذلك بينة، وقضى القاضي له بالدار، ثم جاء رجل آخر، وادعى أنه داره اشتراها من أب المقضي له في حال حياته، وصدقه المقضي له بذلك، فإن الدار ترد على المقضي عليه، ويبطل القضاء؛ لأن المقضي له أكذب شهوده على وجه لا يمكن التوفيق؛ لأن وراثته من أبيه داراً باعها الأب في حال حياته لا يتصور، فيبطل القضاء، وإذا بطل القضاء وجب رد الدار على المقضي عليه، ويقال لمدعي الشراء: أقم البينة على المقضي عليه أنها كانت لأب المقضي له، وأنك اشتريتها منه، فإن أقام البينة على هذا الوجه، قضي بالدار له، وما لا فلا - والله أعلم بالصواب.

## الفصل الحادي عشر

## في العدوى، وتسمير الباب والهجوم على الخصم، وما يتصل بذلك

١٤٢٥٩ - وإذا تقدم رجل إلى القاضي، وادعى على رجل حقاً، والقاضي لا يعرف أنه محق أو مبطل، وأراد الإعداء على خصمه، يريد به أنه طلب من القاضي أن يحضر خصمه، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون المدعى عليه في المصر، وأنه على وجهين أيضاً: الأول: أن يكون المدعى عليه رجلاً صحيحاً، أو امرأة برزة تخالط الرجال، وفي هذا الوجه القياس أن لا يعديه؛ لأنه يتضرر المدعى عليه؛ لأنه ينقطع عن أشغاله[1]، ومجرد الدعوى لا يصلح سبباً لاستحقاق خصومة إذا كان فيه إضراراً بالغير.

وفي الاستحسان: يعديه بالآثار المشهورة في هذا الباب؛ لأنه من جملة ذلك ما روي أن رسول الله ﷺ عدا أبا جهل، وعن عثمان، وعلي، وابن مسعود رضي الله عنهم أنهم عدوا، وجرى التوارث بها إلى يومنا من غير نكير.

ولأن القاضي مأمور بفصل الخصومة، وفصل الخصومة إما بالبينة، والبينة لا تسمع إلا على الخصم الحاضر، وإما بالإقرار واليمين، وذلك لا يتحقق بدون حضرة المدعى عليه؛ والمدعى عليه لا يحضر بنفسه، والمدعي لا يتمكن من إحضاره؛ لأنه يغلبه، فتعين القاضي لإحضاره.

ثم الإعداء على نوعين: أحدهما: أن يذهب القاضي بنفسه. والثاني: أن يبعث من يحضره، ورسول الله ﷺ فعل كلا النوعين، إلا أن في زماننا القاضي لا يذهب بنفسه، إما لأن الخصومات تكثر على باب القاضي، فلو ذهب في كل خصومة بنفسه لا يتفرغ لفصل الخصومات، أو لأن حشمة القاضي بأعوانه، فلو ذهب في كل خصومة بنفسه لا يتفرغ مع كل الأعوان كان حرجاً، ولو ذهب بنفسه يستخف به[2]، فلا يحصل

(١) هكذا في ط، وكان في الأصل وم: عن أشغاله.

(٢) وكذا في الأصل وم: يستحي.

المقصود الأعظم بنفسه

وأما حضرة رسول الله ﷺ فإن ترته كانت بنفسه، وكان يحصل المقصود بدعائه بنفسه، فلهذا كان يبعث بنفسه

الوجه الثاني: من هذا النوع، وهو ما إذا كان المدعى عليه في المصر، ولكن مريضاً، أو امرأة مخدرة، وهي التي لم تعهد لها الخروج، فالقاضي لا يعديهما. أما المريض فلأنه معذور، قال الله تعالى: ﴿ولا على المريض حرج﴾ [1]، وأما المرأة المخدرة فلأنه لا فائدة في إحضارها؛ لأن الحياء يمنعها عن التكلم، وعن جواب الخصم، وربما يصير ذلك سبباً لفوات حقها، بخلاف ما إذا كانت برزة تخالط الرجال؛ لأنها تتمكن من الجواب، ومن إقامة الحجة، فكان في إحضارها فائدة.

واختلف المشايخ رحمهم الله في مقدار المرض الذي لا يعدي به القاضي؟ قال بعضهم: أن يكون بحال لا يمكنه الحضور بنفسه، ويمشي على قدميه، ولو حمل، أو ركب على أيدي الناس يزداد مرضه، وقال بعضهم: أن يكون بحال لا يمكنه الحضور بنفسه، وإن كان يمكنه الحضور بالركوب، أو بحمل الناس من غير أن يزداد مرضه؛ لأن بهذا العذر حل التخلف عن الجماعة، فكذا عن الحضور مجلس الحكم، وهذا القول أصح وأوفق.

ثم إذا لم يحضرهما يعني المريض والمخدرة، ماذا يصنع القاضي، فالمسألة على وجهين: إن كان القاضي مأذوناً بالاستخلاف يبعث خليفة إليهما ليقضي بينهما وبين خصومهما؛ لأن مجلس الخليفة مجلس القاضي لكون الخليفة قائماً مقام القاضي، وإن لم يكن القاضي مأذوناً بالاستخلاف بعث القاضي إليه أميناً من أمنائه فقيهاً، ويبعث معه شاهدين عدلين، حتى يخبرا القاضي بما جرى؛ لأنه لا يثبت بقول الأمين ذلك؛ لأنه شهد على فعل نفسه؛ ولأنه واحد، وإنما يبعث معه شاهدين عدلين يعرفان المرأة والمريض؛ لأن المقصود من بعث الشاهدين أن يخبرا القاضي بما جرى بين المريض والمرأة والمدعي عليه، وهذا المقصود إنما يحصل إذا كان يعرفانهم.

٠٦٣٤١ - وينبغي للقاضي إذا بعث الأمين أن يبين له صورة الاستحلاف، وكيفيته

(١) سورة الفتح، الآية ١٧

حتى إذا أنكر المدعى عليه حلفه على ما هو رأي القاضي، فالناس يختلفون في كيفية الاستحلاف، فلهذا قال: يبين له ذلك.

ثم إذا ذهبوا إلى المدعى عليه، فالأمين يخبره بما ادعى عليه، فإن أقر بذلك أشهد على الشاهدين بما أقر به، وأمر أن يوكل وكيلاً يحضر معه مجلس القضاء ليشهد عليه الشاهدان بما أقر به بحضرة وكيله، فيقضي القاضي عليه بحضرة وكيله، وإن أنكر فالأمين يقول للمدعي: ألك بينة، فإن قال: نعم يأمر المدعى عليه أن يوكل وكيلاً ليحضر مع خصمه في مجلس القضاء، فيقام عليه البينة بحضرة وكيله، وإن قال: ليس لي بينة، فالأمين يحلف المدعى عليه، فإن حلف أخبر الشاهدان القاضي بذلك حتى يمنع المدعي من الدعوى إلى أن يجد بينة، وإن نكل عن اليمين ثلاث مرات، أمره الأمين أن يوكل وكيلاً يحضر مع خصمه في مجلس الحكم، ويشهد عليه الشاهدان بنكوله، ويقضي القاضي عليه بالنكول، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله في «أدب القاضي».

وهذا إشارة إلى أنه لا يشترط للقضاء بالنكول أن يكون على فور النكول، وهو مذهب الخصاف رحمه الله، كما لا يشترط للقضاء بالبينة والإقرار أن يكون على فورهما حتى إن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين، واشتغل القاضي بأعمال أخر، ثم قضى عليه بذلك النكول، جاز قضاؤه، وبعض مشايخنا رحمهم الله شرطوا للقضاء بالنكول أن يكون على فور النكول، ولا يمكن للقاضي أن يقضي بنكول كان عند الأمين، وهذا لأن النكول قد يكون تورعًا عن اليمين الكاذبة، وعلى هذا التقدير القاضي يقضي، وقد يكون ترفعًا عن اليمين الصادقة، قالوا: وعلى هذا التقدير القاضي لا يقضي، وإنما تعين التورع عن اليمين الكاذبة بقضاء القاضي، فيجب أن يكون القضاء على فوره حتى تعين التورع عن اليمين الكاذبة، فعلى قول هذا القائل الأمين يقضي عليه بنكوله، ثم ينقل الشاهدان قضاء الأمين إلى مجلس القاضي، فيمضي القاضي قضاء الأمين بمحضر من وكيله.

وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: إذا لم يكن القاضي مأذونًا بالاستخلاف(1) ينبغي أن يقول للمدعي: أتريد هاهنا حكمًا يحكم بينكما، فإن قال: نعم بعثه إلى المدعى

(1) وكان في الأصل: في الاستحلاف.

عليه، فإن رضي بحكومته فحكم بينهما جاز، والتحكيم جائز، وحكم الحكم نافذ، وسيأتي بعد هذا بيانه - إن شاء الله تعالى -.

هذا إذا كان المدعى عليه في المصر، فأما إذا كان المدعى عليه خارج المصر، وهو الوجه الثاني من هذا الفصل، وإنه على وجهين أيضاً: الأول: أن يكون قريباً من المصر، والجواب فيه كالجواب فيما إذا كان في المصر، فيعديه بمجرد الدعوى استحساناً لما مرّ، وإن كان بعيداً من المصر، وهو الوجه الثاني، لا يعديه بمجرد الدعوى، والفاصل بين القريب والبعيد أنه إذا كان بحيث لو ابتكر من أهل أمكنه أن يحضر مجلس الحكم، ويجيب ويبيت في منزله، فهذا قريب، وإن كان يحتاج إلى أن يبيت في الطريق، فهذا بعيد، وإنما لا يعديه إذا كان بعيداً على هذا التفسير؛ لأن في الإعداء إضراراً به، فإنه يتضرر بالبيتوتة في غير أهله.

ونظير هذا ما قال أصحابنا رحمهم الله في الفرقة: إذا وقعت بين الزوجين وبينهما ولد، فأرادت أن تنتقل بولدها إلى قريتها، إن كانت بحيث يمكن للزوج أن يزور ولده، وينظر في أمره، ويبيت في أهله، فلها أن تنتقل، وإلا فلا، وكذلك المضارب ينفق من مال نفسه في المصر، لا من مال المضاربة، وإذا سافر ينفق من مال المضاربة، فإن خرج إلى قرية فإن كان بحيث يمكنه أن يعود إلى أهله في يومه[1] ويبيت عندهم، فإن نفقته لا تكون في مال المضاربة، وإذا لم يمكنه يكون في مال المضاربة، وهو والمسافر سواء، ولهذا قال أصحابنا رحمهم الله على رواية "النوادر": إنه ينبغي للإمام أن ينصب قاضياً على مسيرة يومين من المصر؛ لأنه إذا كان بين المصر والقرية مسيرة يومين، يحتاج إلى إحضار الخصم بالدعوى، وفيه ضرر؛ لأنه يحتاج إلى أن يبيت في الطريق، وينقطع عن اشتغاله.

ثم على قول من أخذ بالقياس في هذه الفصول إذا لم يعده بمجرد الدعوى، وعلى قول من أخذ بالاستحسان إذا لم يعده بمجرد الدعوى إذا كان بعيداً من المصر، ماذا يصنع؟ ذكر الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي": أن القاضي يأمر المدعي إقامة البينة على ما ادعاه، ولا تكون هذه البينة لأجل القضاء، وإنما تكون لأجل الإحضار، وقد

---

(١) هكذا في م، وكان في الأصل وم: في قريته.

تكون البينة لا لأجل القضاء، وكما في كتاب القاضي، فإن هناك المدعي يقيم البينة ليكتب له، لا ليقضي عليه، فإذا أقام البينة على ما ادعى أمر بإحضاره، والمشهور في هذا يكفي، فإذا حضر أمر المدعي بإعادة البينة ليقضي بينهما، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: القاضي يحلف المدعي على ما ادعاه، فإذا حلف أحضره.

فإن أرسل القاضي إلى المدعى عليه من يحضره، فلم يجده، فقال المدعي للقاضي: إنه توارى عني، وسأل التسمير والختم على باب داره؛ فالقاضي يكلفه بإقامة البينة على أنه في منزله؛ لأن القاضي بالتسمير يجعل الدار سجناً عليه، إن كان هو في الدار، وإن لم يكن في الدار يمنع الدار عنه، وكل ذلك عقوبة، فلا بد من الجناية، وإنما تتحقق الجناية إذا كان في الدار، وأبى الحضور، فإن جاء بشاهدين يشهدان أنه في منزله، فالقاضي يسألهما من أين علمتما؟ فإن قالا: رأيناه اليوم، أو أمس، أو منذ ثلاثة أيام ولياليها، قبل القاضي ذلك، وأمر بالختم؛ لأن الظاهر أنه حاضر أخفى نفسه، كما قال المدعي، فتحققت الجناية، وإن كانت الرؤية قد تقادمت لا يقبل ذلك منهما الجناية[1] منهما؛ لأن الرؤية إذا تقادمت يحتمل أن سافر بعد الرؤية قبل دعوى المدعي، فلم تتحقق الجناية[2].

ثم جعل ما زاد على ثلاثة أيام تقادماً، قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: الصحيح أن ذلك مفوض إلى رأي القاضي، وإن تقادمت رؤية الشاهدين إلا أنه كان لا يمكن للمدعي الدعوى لتأخر خروج قرعته، فإن كان القاضي أقرع بين الخصوم ليعلم كل واحد نوبة دعواه، يقبل ذلك منه؛ لأنه عذر، ثم إذا أراد القاضي التسمير، فكما يسمّر الباب الذي من جانب السكة يسمّر الباب الذي من جانب السطح؛ لأن المقصود[3] جعل الدار سجناً عليه؛ لأنه لو ظفر به حبس في السجن، فإذا لم يظفر به يجعل البيت سجناً عليه، وإنما يصير البيت سجناً عليه بتسمير كلا البابين.

فإن قال الخصم للقاضي بعد ما ختم الباب، ومضت أيام: أنه قد جلس في الدار،

---

(١) وكان في الأصل: الخيانة.

(٢) وكان في الأصل: الخيانة.

(٣) وكان في الأصل: القصد

ولا يحضر، فانصب لي عنه وكيلا أقيم البينة عليه، فإن أبا يوسف رحمه الله كان يقول: القاضي يبعث رسولا ينادي على بابه ومعه شاهدان؛ لأن قوله غير مقبول على فعل نفسه، فيحتاج إلى شاهدين ليشهدوا بما جرى عند القاضي، فينادي الرسول على باب الخصم ثلاثة أيام، كل يوم ثلاث مرات: يا فلان بن فلان! إن القاضي يقول: احضر مع خصمك فلان بن فلان مجلس الحكم، وإلا نصبت عليك وكيلا، وقبلت البينة عليك بحضرة وكيلك، فإذا فعل ذلك ولم يحضر نصب القاضي عنه وكيلا، وسمع البينة عليه، وأمضى الحكم عليه بحضرة وكيله.

قال الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي": وقال غير أبي يوسف: لا أرى أن أنصب عنه وكيلا، فقد بيّن أن هناك مخالفًا لأبي يوسف، ولم يذكر المخالف، فقيل: المخالف أبو حنيفة لا محمد، فقد روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله مثل قول أبي يوسف، وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يقول: رأيت في بعض روايات "النوادر" عن أبي حنيفة رحمه الله مثل قول أبي يوسف، ونص في "الملتقى": عن أبي حنيفة رحمه الله: أن القاضي لا يقضي عليه حتى يحضر.

وفي "نوادر هشام": قال هشام: سألت محمدا رحمه الله: ما تقول في سلطان لا يمتنع منه[1] حتى ولا يجيبه إلى القاضي، فأخبرني أن أبا يوسف رحمه الله كان يعمل بالإعداء، وهو قول أهل البصرة، قال: وصورة ذلك أن يبعث القاضي رسولا إليه من قبله ينادي على بابه أن القاضي يقول: أجب خصمك، ينادي بذلك أياما، فإن أجاب، وإلا جعل القاضي لذلك السلطان الذي أبى أن يجيب وكيلا، فيخاصمه هذا المدعي، فقلت له: فهل أنت تجعل له وكيلا؟ قال: نعم، فقلت: أفلا تكون قضيت على الغائب؟ فقال: لا، وكان أبو حنيفة رحمه الله لا يعمل بالإعداء.

١٤٢٦٦ - وأما الهجوم على الخصوم: فصورته أن يكون لرجل على رجل دين، فتوارى المديون في منزله، وتبين ذلك للقاضي، يبعث أمينين من أمنائه، ومعهما جماعة من أعوان القاضي، ومن النساء إلى منزله بغتة حتى يهجموا إلى منزله، ويقف الأعوان بالباب، وحول المنزل وعلى السطح حتى لا يمكنه الهرب، ثم تدخل النساء المنزل من

(١) هكذا في ط وم، وكذا في الأصل عنه.

غير استئذان وحشمة، فيأمر حرم المطلوب حتى يدخلن في زاوية، ثم يدخل أعوان القاضي، ويفتشون الدار عن وجهه، وما تحت السرير حتى إذا وجدوه أخرجوه، وإذا لم يجدوه يأمرون النساء حتى يفتش النساء، فربما تزيّى بزي النساء، فهذا صورة الهجوم، فإذا طلب المدعي ذلك من القاضي، هل يفعل القاضي؟ قال صاحب الأقضية: وسّع فيه بعض أصحابنا، قالوا: أراد به أبا يوسف رحمه الله، فقد روي عنه أنه كان يفعل ذلك في زمن قضائه، وقد روى هشام عن محمد رحمه الله مثل هذا أيضاً، وأصل ذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه هجم على بيت رجلين أحدهما قرشي، والآخر ثقفي بلغه أن في بيتهما شراب، فوجد في بيت أحدهما دون الآخر.

وكذلك هجم على بيت نائحة بالمدينة وأخرجها وعلاها بالدرة حتى سقط الخمار عن رأسها، وعن هذا قال أصحابنا رحمهم الله: لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين، ويدخلون فيه من غير استئذان إذا سمع منه صوت فساد للأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر.

قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: ظاهر المذهب عندنا: أنه لا يجوز الهجوم للقاضي؛ لأن فيه هتك ستر المسلم، وهتك حرمة محارم المسلم، وذلك لا يجوز.

١٤٢٦٢ - وإن رأى القاضي أن يعطي المدعي طينة، أو خاتماً لإحضار الخصم جاز؛ لأن المقصود إحضار الخصم، وكما يحصل هذا المقصود بالراجل يحصل بالعلامة، وفي العلامة لا يحتاج المدعي إلى تحمل مؤنة الراجل، فإنه إذا بعث الراجل فكذا يجوز بعث العلامة من طريق الأولى، والقضاة في هذا مختلفون بعضهم اختاروا رفع طينته، وبعضهم اختاروا قطعة قرطاس، وبعضهم اختاروا رفع خاتمه، والخصاف رحمه الله اختار نقل العلامة في المصر، والأشخاص خارج المصر؛ لأن في المصر تقل مؤنة الراجل فاختاروا بعث العلامة خارج المصر لهذا.

ولو أعطاه القاضي طينته أو خاتمه، وذهب به إلى الخصم، وأراه ينبغي له أن يقول للخصم: هذا ختم القاضي فلان يدعوك أتعرفه، فإن قال: نعم أعرفه، ولكن لا أحضر أشهد المدعي على ذلك شاهدين حتى يشهدا عند القاضي بتمرده، فإذا شهدا بذلك بعث القاضي من يحضره، أو يستعين في ذلك بالوالي؛ لأن الوالي نصب لإحياء

حقوق الناس.

واختلف العلماء في أجرة الشخص، بعضهم قالوا: هي في بيت المال، وبعضهم قالوا: على المتمرد؛ لأنه صار جانيًا بالتمرد، ولأجل ذلك احتيج إلى الشخص، فسبب وجوب هذه الأجرة كان منه، فيكون في ماله، وهو نظير ما قلنا: في السارق إذا قطعت يده فأجرة الجلاد(١) وثمن الدهن الذي يحسم به عروقه على السارق؛ لأنه تقدم منه سبب وجوبها، وهو السرقة، كذا ههنا.

ثم إذا حضر المدعى عليه مجلس القاضي، فالقاضي يأمر المدعي بإعادة البينة على تمرده؛ لأنه يريد معاقبته، فلا بد من إثبات الجناية عليه، وتلك البينة قامت على الغائب، فلا يكتفى بها للعقوبة، فإذا أعاد البينة، عاقبه على ما صنع من التمرد وإساءة الأدب.

وكذلك لو كان المدعى عليه في الابتداء قال: أحضر ثم لم يحضر؛ لأنه ظهر تمرده بفعله إلا أنه يعاقبه في هذه الصورة دون ما يعاقبه في الصورة الأولى؛ لأن هذا انقياد(٢) قولًا لا فعلًا، والأول ما انقاد قولًا ولا فعلًا.

ثم قال: ولا يشترط التعديل في هذه الشهادة يعني في الشهادة على التمرد والستر، بل يكفي، وهذا قول الخصاف رحمه الله، وهكذا نقل عن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يشترط التعديل، وهكذا روي عن محمد رحمه الله، ووجهه أن في هذه الشهادة إلزام العقوبة على المدعى عليه، فيشترط التعديل كما في الشهادة على سائر العقوبات.

ولو كان القاضي من الابتداء أمر المدعي أن يأخذ طينته من عند الأمير لإحضار المدعى عليه، فذلك حسن؛ لأن المقصود ربما لا يحصل بطينة القاضي، ويحصل بطينة الأمير؛ لأن للأمير من الحشمة ما ليس للقاضي فكانت طينة الأمير أقرب إلى حصول المقصود.

١٤٢٦٣- وفي الفتاوى: من أراد أن يستوفي حقه من باب السلطان، ولا يذهب باب القاضي، فهو مصيب فيه شرعًا، ولكن لا يفتى به، وبعض مشايخ زماننا رحمهم الله

---

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ف: الحرف.

(٢) هكذا في الأصل، وكان في م وط: انقاد.

على أنه إنما يطلق له في ذلك إذا ذهب إلى القاضي أولاً، وعجز عن الاستيفاء من جهته، أما لو أراد الذهاب إلى باب السلطان أولاً، لا يطلق له في ذلك، وبه يفتى.

وإذا ذهب إلى باب السلطان، والتمس جوب دار لإحضار خصمه، وأخذ جوب دار من خصمه زيادة على الرسم، هل للخصم أن يرجع بالزيادة على المدعي؟ ينظر إن ذهب المدعي إلى القاضي أولاً، وعجز عن استيفاء حقه من جهة القاضي لا يرجع الخصم بالزيادة على المدعي، وإن لم يذهب إلى القاضي أولاً يرجع.

وإن كان المديون يسكن في دار بأجر، وطالبه الغريم بالخروج إلى باب الحاكم، فامتنع، فالقاضي هل يسمّر الباب عليه؟ اختلف المشايخ رحمهم الله، والصحيح أنه يسمّر في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله في كتاب الشهادات.

١٤٢٦٤ - وفي «مجموع النوازل»: إذا كان المديون يسكن في دار زوجته، وأبى الخروج إلى الحاكم، فالقاضي يسمّر الباب عليه؛ لأن في هذا الباب العبرة للمساكنة حتى لو ثبت عند القاضي أنه نقل الأمتعة عنها، ولم يبق مساكناً فيه، لا يسمّر الباب والله أعلم بالصواب.

## الفصل الثاني عشر

## فيما يقضي القاضي بعلمه، وما لا يقضي فيه بعلمه، وفي القضاء بأقل من اثنين

١٤٢٦٥ - القاضي إذا علم بحادثة في البلدة التي هو فيها قاضٍ في حال قضائه، ثم رفع إليه تلك الحادثة في البلدة، وهو في قضائه بعد قضى بعلمه في حقوق العباد قياساً واستحساناً في الأموال وغيرها كالنكاح والطلاق، وغير ذلك فيه على السواء؛ لأن العلم الحاصل له بمعاينة السبب فوق العلم الحاصل له بالشهادة؛ لأن في الشهادة احتمال، ولا احتمال في المعاينة.

ثم القاضي يقضي بالشهادة في هذه الحقوق، فبالمعاينة بالسبب أولى، ثم إن صاحب الأقضية ذكر في هذه المسألة إذا علم بحادثة في حال قضائه وفي مجلس قضائه، وأراد بقوله في مجلس قضائه مصره، لا المكان الذي يقضي فيه لا محالة.

وذكر الخصاف رحمه الله في هذه المسألة إذا علم في البلدة التي هو فيها قاضٍ في حال قضائه في مجلس قضائه، أو في غير مجلس قضائه، وأراد بمجلس قضائه المكان الذي يقضي فيه، وبغير مجلس قضائه المكان الذي لا يقضي فيه.

١٤٢٦٦ - وفي «المنتقى»: عمرو بن أبي عمرو عن محمد رحمه الله في «الإملاء» قال أبو حنيفة رحمه الله: ما أقر رجل بين يدي القاضي أخذه به إلا الحدود الخالصة لله تعالى، نحو الزنا وشرب الخمر والسرقة، قال: هذا إذا أقر به عند القاضي في مجلس القضاء، أما إذا أقر به في غير مجلس القضاء لم يأخذه بشيء من ذلك. وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وأراد بغير مجلس القضاء خارج المصر، فيكون هذا إشارة إلى أن المصر شرط نفاذ القضاء.

هذا الذي ذكر في حقوق العباد، أما في الحدود الخالصة لله تعالى يقضي بعلمه قياساً، ولا يقضي بعلمه استحساناً؛ لأن الحدود الخالصة لله تعالى يستوفيها الإمام من

غير أن يكون هناك خصم مطالب به، فلو قضى بعلمه يتهمه بعض الناس بالجور، وبإقامة الحد بغير حق، وعليه أن يصون نفسه عنه، بخلاف القصاص وحد القذف، لأن هناك خصم مطالب، إلا أنه إذا أتي بالسكران، فالقاضي يعزره لأجل التهمة، فإنه من أمارات السكر، ولا يكون ذلك حدًا.

وأما إذا علم بحادثة قبل أن يستقضى، ثم استقضي، ورفعت إليه تلك الحادثة وهو عالم، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يقضي بذلك العلم، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يقضي، وعن محمد رحمه الله: أنه رجع إلى قول أبي حنيفة رحمه الله، فوجه قول أبي يوسف رحمه الله ما ذكرنا أن العلم الحاصل بالمعاينة فوق العلم الحاصل بالشهادة، ومذهب أبي حنيفة رحمه الله مذهب شريح والشعبي، والمعنى فيه أن العلم الحاصل قبل القضاء علم شهادة، وأنه دون علم القضاء؛ لأن علم القضاء علم هو ملزم، فإن القضاء ملزم، وعلم الشهادة ليس بملزم؛ لأن الشهادة لا تصير ملزمة إلا بقضاء القاضي، فلو جاز القضاء، إما أن يجوز بذلك القدر، ولا وجه إليه، وإما أن يزداد علمه، ولا وجه إليه؛ لأن الموجود ليس إلا تقلد القضاء، وأنه لا يوجب زيادة العلم.

وأبو يوسف رحمه الله احتج على أبي حنيفة رحمه الله، فقال: ألا ترى أن رجلا لو سمع رجلا طلق امرأته، أو أعتق أمته، وهو يقدر على أن يحول بين المرأة والأمة وبين الزوج والمولى، يجب عليه أن يحول بينهما، فإذا استقضي لا يجوز، قال: وألا ترى أن رجلا لو رأى رجلا غصب ثوبا من غيره، وهو يقدر على نزع الثوب من الغاصب، ورده على المالك، يلزمه النزع والرد عليه، فإذا استقضي لا يلزمه ذلك.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول في المسألة الأولى: إذا استقضي يحول بين الزوج والمولى وبين المرأة والعبد، ولكن لا يقضي بالطلاق والعتاق، ويكون ذلك منه على سبيل الاحتساب، وفي المسألة الثانية يقول: إن رده لا على وجه الحكم، فله ذلك، وهو فيه صنع محتسب، وإن رده على وجه الحكم، فليس له ذلك، وهو فيما صنع مخطئ، كما قبل القضاء.

فالحاصل أن على قول أبي حنيفة رحمه الله ما كان له قبل القضاء، وهو الحيلولة،

وجوب الثوب على وجه الحكم، فهو باق بعد القضاء، وما لم يكن له قبل القضاء، ليس له ذلك بعد القضاء، والحكم بذلك العلم لم يكن له قبل القضاء لقضاء، فلا يجوز أن يستفيده بتقلد القضاء.

١٤٦٦٧ - ولو علم بحادثة وهو قاض، ولكن في مصره هو ليس بقاض فيه، ثم حضر مصره الذي هو قاض فيه، ثم رفعت إليه تلك الحادثة، فأراد أن يقضي بعد العلم، فهو على الخلاف الذي مر، وهذا لأنه في المصر الذي ليس بقاض فيه بمنزلة واحد من الرعايا، فلا يكون علمه في ذلك المصر علم قضاء بدخوله في المصر الذي هو فيه قاض، ولو علم بحادثة وهو قاض، ولكن في رساتيق المصر الذي هو فيه قاض، ثم دخل المصر، ورفعت إليه تلك الحادثة لا شك على قولهما: إنه يقضي بذلك العلم، فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، بعضهم قالوا: إذا لم يكن مقلداً على القرى حتى كان له أن يقضي في المصر، وليس له أن يقضي في القرى، لا يقضي بمنزلة ما لو علم بحادثة في مصر، هو ليس بقاض فيه، ثم رجع إلى مصره الذي هو فيه قاض.

فأما إذا كان مقلداً على القرى بأن كان في منشوره تقليد البلدة ونواحيها، كان له أن يقضي لأنه إذا كان مقلداً على القرى، كما هو مقلد على النواحي، كان له أن يقضي في القرى، كما له أن يقضي في البلدة، فإنما استفاد العلم في حادثة، فيقضي به، وهذا القول يرجع إلى أن المصر ليس بشرط لنفاذ القضاء، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله.

وقال بعض مشايخنا رحمهم الله: وإن كان مقلداً على القرى، ليس له أن يقضي بذلك العلم على قول أبي حنيفة رحمه الله [لأن[1] على قول أبي حنيفة رحمه الله] وإن كان مقلداً على القرى ليس له أن يقضي في القرى، فما استفاد العلم في مكان قضائه، فكان علم شهادة لا علم قضاء، فلا يكون له أن يقضي بذلك العلم، وهذا القول يرجع إلى أن المصر شرط لنفاذ القضاء، وهو ظاهر رواية أصحابنا رحمهم الله، وهذا لأن القضاء من معالم الدين مختص بالأمصار كالجمعة والعيدين.

---

(١) هكذا في م، وكان في الأصل وظ: لأنه.

١٤٢٦٨- وفي «المنتقى»: وما سمع جرحًا في المصر في أي وجه جرح لم يحكم به إلا أن يكون جرح المدعى، فكأنه سمع في مجلس قضائه، وهذا على قياس قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله، وأما إذا علم وهو قاض في مصره، ثم عزل عن القضاء، ثم أعيد عليه بعد ذلك، هل يقضي بذلك العلم؟ لا شك أن على قولهما يقضي، وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يقضي؛ لأن ما علم من ذلك لعله علم شهادة، ولم يكن علم قضاء، فلا ينقلب علم قضاء بعد ذلك بالتقليد، وصار كما لو شهد الشهود عند القاضي في حادثة وهو قاض، ثم عزل عن القضاء، ثم أعيد عليه، فإنه لا يقضي بتلك الشهادة، كذا ههنا.

١٤٢٦٩- وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله في حاكم أخبر بإعتاق رجل عبده، أو بطلاق رجل امرأته ثلاثًا، قال: إن أخبره بذلك عدلان، فينبغي أن يجتهد في طلب ذلك أشد الطلب حتى يظفر به، وينظر في أمره بريبة بهذا إذا أخبر أن فلانًا أعتق عبده، ثم استرقه، أو طلق امرأته ثلاثًا، ثم لا يعتزل عنها، وإنما كان الجواب كذلك؛ لأن خبر العدلين حجة مطلقة يقطع الأحكام بها، ويلزم القضاء بها، فيثبت المخبر به في حق القاضي، فلهذا كان عليه الطلب، وإن كان المخبر[1] واحدًا عدلاً، وكان أكبر رأيه أنه صادق، فالأفضل في ذلك طلبه، وإن لم يفعل، جاز، وأن يكون في سعة منه، وهذا لأن خبر الواحد العدل حجة في الديانات حتى يعمل به في طهارة الماء ونجاسته، إلا أنه ليس بحجة مطلقة، فمن حيث إنه ليس بحجة مطلقة، قلنا: إذا لم يطلب كان في سعة.

ونظير هذا رجل أخبره رجلان عدلان أن بينه وبين امرأته رضاعًا، لزمه الاجتناب عنها، ولو أخبره بذلك رجل واحد، فالأفضل أن يجتنب عنها، وإن أقام عليها فهو في سعة منها، والمعنى ما ذكرنا، ولو كان المخبر للحاكم رجلاً واحدًا لا يدري صدقه من كذبه، يعني لا يدري عدالته، فليس عليه الطلب أصلاً؛ لأن الخبر إنما يصير حجة بوصف الصدق، وإنما يثبت هذا الوصف للمخبر بالعدالة، فإذا لم توجد العدالة لا يثبت هذا الوصف للخبر في حق الحاكم، فلا يلزم الطلب أصلاً، والله أعلم بالصواب.

(١) في الأصل: «المخبر به».

## الفصل الثالث عشر

## في القاضي يجد في ديوانه شيئاً لا يحفظ وفي نسيانه قضاءه وفي الشاهد يرى شهادته ولا يحفظ

١٤٢٧٠- إذا قضى القاضي بقضية، وأتى على ذلك زمان، ثم احتاج المقضي له إلى تلك القضية، فشهد شاهدان عند ذلك القاضي أنك قد قضيت لهذا على هذا بكذا، ولا يذكر القاضي ذلك، قال أبو حنيفة رحمه الله: القاضي يقبل هذه الشهادة، ثم رجع وقال: لا يقبل(١) هذه الشهادة، ولا يقضي إلا بما يحفظه، وكان أبو يوسف رحمه الله أولاً يقول: القاضي يقبل هذه الشهادة، ثم رجع، وقال: لا يقبل، روى رجوعه بشر في نوادره؛ ومحمد رحمه الله يقول: القاضي يقبل شهادتهما، ويلزم المشهود عليه ذلك، وهو قول الحسن بن زياد وإسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة رحمهم الله.

وأجمعوا على أنه لم يبينا المقضي عليه بأن شهدا عند القاضي أنك قضيت لهذا بكذا، ولم يقولا: على من قضيت، أن القاضي لا يقبل شهادتهما.

حجة محمد رحمه الله أن الأقضية تكثر، ولكثرتها لا يمكن للقاضي حفظها، فلو لم يمكن إثباتها بالبينة لتعطلت الحقوق، ألا ترى أنه يمكن إثباتها بالبينة عند قاض آخر، وإنما أمكن إثباتها لما قلنا، وهذا الطريق موجود في هذا القاضي.

ولأبي حنيفة رحمه الله أنه لو قبلت هذه البينة صار القاضي خصماً؛ لأنه بهذه البينة يثبت عليه فعله، والقاضي لا يصلح خصماً، ألا ترى أن رجلاً لو أقام عليه بينة أنك غصبت مني كذا، واستقرضت مني كذا، لا تقبل هذه البينة، وطريقه ما قلنا، ولأن القضاء على مرتبة من الشهادة.

١٤٢٧١- ولو شهد شاهدان عند رجل أنك شهدت شهادة كذا، وهو لا يتذكر، لا يسعه أن يشهد بقولهما، فأولى أن لا يقضي القاضي بشهادتهما

---

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ط: لا تقبل.

رحمه الله، إلا أن في رواية الأحاديث ضرورة؛ لأن الإنسان يسمع مثلاً عشرين ألف حديث، ولا يمكنه حفظ الكل، فلو لم يكن له أن يعتمد على خط سماعه لتعطل ذكر الحديث، وما يتوهم من التزوير في كتابة السماع نادر غاية الندرة، إذ لا يقطع[1] فيه، ولا ضرورة لأحد، وكذلك فيما يجده القاضي في ديوانه مختوماً بختمه ضرورة؛ لأن القضايا يكثر ولا يحفظ الكل، فتقع الحاجة إلى الاعتماد على الخط، واحتمال التزوير منتف ظاهراً؛ لأنه في يده مختوم بخاتمه، فالظاهر أنه لم يغير شيئاً منه، بخلاف الصك على ما ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله؛ لأن الصك لا يكون في يد الشاهد، فلا يأمن فيه الزيادة والنقصان، حتى روي عنه أنه قال: لو كان الصك في يد الشاهد، جاز له أن يشهد، وإن لم يذكر.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله قال: سألت محمداً رحمه الله عن قاض يخرج من البلدة التي هو قاض فيها، ولم يخلف عنه أحداً لأهل له أن يضع قماطره عند من يثق به من أهل البلدة، وإذا رجع عمل بما فيه إذا أصاب القماطر بخاتمه والكتب التي في جوف القماطر مختمة أو غير مختمة، والقاضي يذكر قضاياه أو لا، قال: لا بأس بهذا، وهذا أمر لا بد منه، ولو لم يجز ذلك لم يجز أن يحكم بما في بيته؛ لأنه لا يؤمن أن يغير شيئاً من ذلك بعض أهله.

١٤٢٧٣ - قال في «كتاب الأقضية»: ولو أن قاضياً عزل عن القضاء، ثم رد عليه، فإنه لا يعمل بشيء مما كان في ديوانه الأول الأقضية يتذكره، اعلم بأن هذه المسألة على وجهين: الأول: أن يتذكر ذلك، وفي هذا الوجه لا يقضي بذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافاً لهما، الوجه الثاني: أن لا يتذكر ذلك، وفي هذا الوجه لا يقضي بلا خلاف، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله فلأن على قوله لا يقضي بما يجد في ديوانه الحالي إذا كان لا يتذكر ذلك، فأولى أن لا يقضي بما يجد في ديوانه الأول، والفرق لهما أن قضية القياس أن لا يقضي بما يجد في ديوانه الحالي إذا كان لا يحفظ ذلك، كما قال أبو حنيفة رحمه الله؛ لأن القضاء بغير علم لا يجوز، لكن تركنا القياس في ديوانه الحالي ضرورة؛ لأن القاضي لكثرة أشغاله لا يمكنه حفظ جميع الأشياء، فلو لم يجز العمل بما

(١) هكذا في الأصل و«م»، وكان في «ط»: لا يقع.

في الديوان عند النسيان، فضاق الأمر على الناس، وفي مثل هذه الصورة لا يعمل في ديوانه الأول؛ لأن بالعزل يبطل حكم ذلك الديوان؛ لأنه لا يمكن العمل به، والباطل لا يعود، خصوصاً إذا كان ثبوته مع المنافي، فيعمل بالقياس فيما يجد ديوانه الأول، كما نص أبو حنيفة رحمه الله - والله أعلم -.

## الفصل الرابع عشر
## في القاضي يقضي بقضية ثم يبدو له أن يرجع عنه وفي وقوع القضاء بغير حق

١٤٢٧٤ - وإذا قضى القاضي بقضية، ثم بدا له أن يرجع عنها، فإن كان الذي قضى به خطأً لا يختلف في الفقهاء رده لا محالة؛ لأنه باطل، وإن كان ذلك مما يختلف فيه الفقهاء أمضاه لا محالة، ويقضي في المستقبل بما يرى أنه أفضل.

واعلم بأن التحول من رأي إلى رأي في المجتهدات جائز؛ لأن المجتهد فيما اجتهد لا يكون مصيبًا الحق لا محالة؛ لأنه لا يعمل فيه بدليل قطعي، وإنما يعمل فيه بغالب الظن، فالدليل الموجب للعمل بالرأي الأول غلبة الظن أنه هو الصواب، فإذا غلب على ظن أن الصواب هو الثاني دون الأول، فقد وجد الدليل الموجب للعمل بالرأي الثاني، فيعمل به إلا أنه إنما يعمل بالثاني في المستقبل دون الماضي؛ لأن الرأي الثاني حدث الآن، ولم يكن موجودًا في الماضي، فلا يجب العمل به حال عدمه.

توضيحه: أن الرأي الثاني ناسخ للأول، وإنما يعمل بالناسخ في المستقبل دون الماضي، وإليه أشار عمر رضي الله عنه حين قضى في حادثة بقضية، وقضى بعد ذلك في مثلها بخلافه، فقيل في ذلك، فقال: تلك كما قضينا وهذه كما نقضي.

١٤٢٧٥ - ثم قضاء القاضي إذا وقع بخلاف الحق لا يخلو من وجهين: إما إن أخطأ فيما قضى، أو تعمد الجور فيما قضى، وأقر بذلك، فإن أخطأ، وكل ذلك على وجهين: إما أن يكون في حقوق الله تعالى، أو في حقوق العباد، فإن أخطأ، وكان ذلك في حقوق العباد إن أمكن التدارك والرد، بأن قضى بمال، أو صدقة، أو بطلاق، أو عتاق، ثم ظهر خطؤه؛ بأن ظهر أن الشهود عبيد، أو كفار، أو محدودون في القذف، فإنه يبطل ذلك القضاء، ويرد العبد رقيقًا، وترد المرأة إلى زوجها، ويرد المال إلى من أخذ منه؛ لأنه لما بطل القضاء عاد الأمر إلى ما كان قبله، وإن كان خطأً لا يمكن رده بأن كان قضى بالقصاص، واستوفى لا يقتل المقضي له بالقصاص، وإن تبين أنه قتل بغير حق،

وتصير صورة القضاء شبهة مانعة وجوب القصاص، ولكن تجب الدية في مال المقضي له؛ لأن القتل الحرام في دار الإسلام لا يخلو عن عقوبة، أو غرامة، وتعذر إيجاب العقوبة، فتجب الغرامة، وتكون في مال المقضي له؛ لأنه تعذر الإيجاب على القاضي؛ لأن خطأه موضوع عنه إما لأنه مأمور باتباع الظاهر، وقد اتبع الظاهر، فقد أتى بالمأمور، والإتيان بالمأمور به ينافي وجوب الضمان على المأمور، وإما لأنه يتقاعد عن أمر القضاء حتى لا يلزمه الضمان عند ظهور الخطأ الذي ليس في وسعه الاحتراز عنه، فيؤدي إلى تعطيل الأحكام، وإنه لا يجوز.

١٤٢٧٦ وإذا تعذر إيجاب الغرامة على القاضي، أوجبناها على المقضي له؛ لأن القاضي عامل له، فكان غُنم القضاء له، فيكون الغُرم عليه ليكون الغرم بمقابلة الغنم.

وهذا كله إذا ظهر خطأ القاضي بالبينة، أو بإقرار من المقضي له، فأما إذا ظهر ذلك بإقرار القاضي، لا يظهر ذلك في حق المقضي له حتى لا يبطل قضاؤه في حق المقضي له؛ لأن حق المقضي له قد تعلق بذلك، والقاضي يريد إبطاله وهو نظير الشاهد إذا رجع عن شهادته لا يعمل رجوعه في حق المقضي له، حتى لا ينتقض القضاء، ولكن الشاهد يضمن، كذا هنا.

وإن أخطأ، وكان ذلك في حقوق الله تعالى، بأن قضى بحد الزنا، أو بحد السرقة، أو بحد شرب الخمر، واستوفى القطع والرجم والحد، ثم ظهر أن الشهود عبيد، أو كفار، أو محدودون في القذف، فضمان ذلك في بيت المال؛ لأنه تعذر إيجاب الضمان على القاضي، لما مر، وهذا القضاء كان لجماعة المسلمين، فيكون الغرم في مالهم، وإن كان القاضي تعمد الجور، فيما قضى، وأقر به، فالضمان في ماله في هذه الوجوه كلها بالجناية، والإتلاف على المقضي عليه، فجناية القاضي وإتلافه على الغير سبب لوجوب الضمان، ويعزر القاضي على ذلك، لارتكابه الجريمة العظيمة.

قال: ويعزل عن القضاء، ولم يقل ويعزل عن القضاء، فهذا إشارة إلى أن القاضي بمجرد الفسق لا ينعزل، ولكن يستحق[1] العزل، وقدمر هذا في صدر الكتاب - والله أعلم بالصواب -.

(١) وكان في الأصل: يستحق.

## الفصل الخامس عشر

## فيما إذا وقع القضاء بشهادة الزور ولم يعلم القاضي به

الكلام في هذا الفصل في مواضع أحدها في العقود والفسوخ، وفيها اختلاف على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الأول قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور ينفذ ظاهراً وباطناً، وعلى قول محمد وأبي يوسف رحمهما الله الآخر ينفذ ظاهراً لا باطناً.

١٤٢٧٧ - صورة المسألة في العقود كثيرة من جملتها: رجل ادعى على امرأة نكاحاً وهي تجحد، وأقام عليها شاهدي الزور، فقضى القاضي بالنكاح بينهما، حل للرجل وطؤها، وحل للمرأة التمكين منه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الأول، وعند محمد وأبي يوسف الآخر: لا يحل لهما ذلك.

والوجه لأبي حنيفة رحمه الله: أن القاضي قضى بأمر الشرع، فيجب تنفيذه ظاهراً وباطناً ما أمكن، بيان الوصف الأول أن دليل الأمر بالقضاء شهادة شهود عدول صادقة ظاهراً؛ لأن الصدق حقيقة مما لا يوقف عليه، والشهود ههنا صادقة ظاهراً.

بيان الثاني أن القضاء قد وقع بأمر الشرع على أنه وقع بحق؛ لأن الأمر بالباطل لا يكون، وإنما يكون هذا القضاء حقاً إذا نفذ ظاهراً وباطناً، وأمكن القول بنفاذه ظاهراً وباطناً بإنشاء النكاح مقتضى القضاء؛ لأن للقاضي ولاية عامة، وولاية إنشاء النكاح في الجملة، وقد مست الحاجة ههنا إلى الإنشاء حتى لا يقع قضاؤه تمكيناً من الحرام، فيثبت الإنشاء سابقاً على القضاء، وإذا ثبت الإنشاء كان الرجل زوجاً للمرأة، وكانت المرأة ممكنة من زوجها، ومثل ذلك جائز.

١٤٢٧٨ - وصورة المسألة في الفسوخ كثيرة، من جملتها امرأة ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثاً، وأقامت على ذلك شهود زور، وقضى القاضي بالفرقة بينهما، وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله، وهو قول أبي

يوسف رحمه الله الأول : لا يحل للزوج الأول وطءها ظاهراً وباطناً ، ويحل للزوج الثاني وطءها ظاهراً وباطناً ، علم بحقيقة الحال أن الزوج الأول لم يطلقها ، بأن كان الزوج الثاني أحد الشاهدين أو لم يعلم بحقيقة الحال ، بأن كان الزوج الثاني أجنبياً.

وأما على قول أبي يوسف رحمه الله الآخر ، وهو قول محمد رحمه الله : لا يحل للثاني وطءها إذا كان عالماً بحقيقة الحال ؛ لأن الفرقة عندهما لم تقع باطناً ، وإن لم يعلم بحقيقة الحال ، يحل له وطءها ، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في كتاب الرجوع ، وهل يحل للأول وطءها؟ على قول أبي يوسف رحمه الله الآخر : لا يحل مع أنه لم يقع الفرقة عنده باطناً ؛ لأنه لو فعل ذلك كان زانياً عند الناس ، فيحدونه ، هكذا ذكر في بعض المواضع.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في كتاب الرجوع عن الشهادات : أن على قول أبي يوسف رحمه الله الآخر : يحل للأول وطءها سراً ، وعلى قول محمد رحمه الله : يحل للأول وطءها ما لم يدخل بها الثاني ، فإذا دخل بها الثاني لا يحل للأول وطءها ، سواء كان الثاني يعلم بحقيقة الحال أو لم يعلم ، وهذا الجواب على قول محمد رحمه الله ظاهر فيما إذا لم يعلم الثاني بحقيقة الحال ؛ لأن الثاني تزوجها ، وهي في الباطن منكوحة الأول عند محمد رحمه الله إلا أن الثاني لم يعلم به ، فكان النكاح الثاني فاسداً عنده ، فإذا دخل بها الثاني وجب عليه العدة من الثاني ، ولا يحل للأول وطءها ، وإن كانت امرأة الأول حتى تنقضي عدتها من الثاني بهذا الدخول مشكل فيما إذا كان الثاني عالماً بحقيقة الحال ؛ لأنه تزوجها ، وهو يعلم أنها منكوحة الأول ، فوقع نكاحه باطلاً ، وكان هذا الوطء زنا ، ومنكوحة الإنسان إذا زنت لا تجب عليها العدة ، ولا يحرم على الزوج وطءها.

والوجه في ذلك أن هذا النكاح اختلف العلماء في جوازه ، وكل نكاح هذا حاله ، فالدخول فيه يوجب العدة ، كالنكاح بغير شهود بخلاف نكاح معتدة الغير ، أو منكوحة الغير ، فإن الدخول فيه ، لا يوجب العدة ؛ لأن أحداً لم يقل : بجواز ذلك النكاح ، فلم ينعقد أصلاً ، أما ههنا بخلافه.

١٤٢٧٩ - ومن جملة صور الفسخ : صبي وصبية سبيا وهما صغيران ، فكبرا

وأعتقها، ثم تزوج أحدهما الأخرى، ثم جاء حربي مسلمًا، وأقام بينة أنهما ولداه، فالقاضي يقضي بنسبهما، ويفرق بينهما، فإن رجع الشاهدان عن شهادتهما حتى تبين أنهما شهدا بزور لا يسع للزوج وطؤها عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه يقضي عليه بالحرمة، وقد نفذ القضاء ظاهرًا وباطنًا، وكذلك على قول محمد رحمه الله: لا يسع الزوج وطؤها؛ لأنه لا يعلم بحقيقة كذب الشهود، فإن كان تزوجها أحد الشاهدين يجب أن تكون المسألة على الخلاف.

١٤٢٨٠ - ومن جملة صور العقد: إذا قضى القاضي بالبيع بشهادة الزور، وأنه على وجهين: أحدهما: أن يكون المدعي من جانب المشتري؛ بأن ادعى رجل على غيره أنك بعت مني هذه الجارية بكذا، وأقام على ذلك شهود زور، فقضى القاضي بالجارية للمشتري نفذ قضاؤه باطنًا عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يحل للمشتري وطؤها خلافًا لمحمد رحمه الله. بعض مشايخنا قالوا: يجب أن تكون مسألة البيع على التفصيل عند أبي حنيفة رحمه الله إن كان الثمن المذكور مثل قيمة الجارية، أو أقل بمقدار ما يتغابن الناس فيه ينفذ قضاؤه باطنًا، وإن كان أقل بمقدار ما لا يتغابن الناس فيه، لا ينفذ قضاؤه باطنًا.

وهكذا ذكر في «المنتقى» نصًا عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن طريق تصحيح القضاء باطنًا عند أبي حنيفة رحمه الله في العقود والفسوخ أن القاضي بقضائه يصير منشئًا لذلك التصرف، وإنما يصير القاضي منشئًا فيما له ولاية الإنشاء، وله ولاية إنشاء البيع بمثل القيمة أو أقل بمقدار ما يتغابن الناس فيه، وأما ليس له ولاية إنشاء البيع بأقل من القيمة قدر ما لا يتغابن الناس فيه؛ لأنه تبرع بمقدار الغبن، وليس للقاضي ولاية إنشاء التبرع، وبعضهم قالوا: لا، بل ينفذ القضاء على كل حال؛ لأن البيع وإن كان بغبن، فهو مبادلة، ألا ترى أنه يملكه المكاتب، والعبد المأذون، وإن كانا لا يملكان التبرع، فينفذ قضاؤه باطنًا عنده، كما في سائر المبادلات.

الوجه الثاني: أن يكون المدعي من جانب البائع، وصورته: رجل ادعى على آخر أنك اشتريت مني هذه الجارية، وأقام على ذلك شهود زور، وقضى القاضي بذلك، حل للمشتري وطء الجارية عند أبي حنيفة رحمه الله، وأما على قول محمد رحمه الله: إن عزم المشتري على ترك الخصومة، حل له وطؤها؛ لأن بدعوى البائع وجد أحد شطري

العقد، والقاضي بقضائه نوى الشطر الآخر من جهة المشتري بغير رضاه، فيتوقف على اختياره، فإذا عزم على ترك الخصومة، فقد اختاره، فينفذ في حقه.

هذا إذا أقام المدعي شهود زور، ولو لم يقم المدعي شهودًا، وحلف المشتري، وثبت الخيار به على البائع إن عزم البائع على ترك الخصومة، حل له وطؤها؛ لأن جحود المشتري الفسخ لشرائه في حقه؛ لأن جحود ما سوى النكاح فسخ له، وتوقف الفسخ في حق البائع على اختياره، فإن عزم على ترك الخصومة، فقد اختاره، فتم الفسخ بينهما، فيحل للبائع وطؤها.

ثم اختلف المشايخ رحمهم الله في تفسير العزم على ترك الخصومة، قال بعضهم: تفسيره العزم بالقلب، وقال بعضهم: أن يتبعه بلسانه على العزم بالقلب، ولا يكتفى بمجرد النية بالقلب، فقد أثبت الفسخ من جهة البائع عند العزم على الفسخ، وإنه مشكل؛ لأن فسخ شيء من العقود لا يثبت بمجرد النية ألا ترى أنه لو كان في البيع خيار شرط، أو خيار رؤية، ونوى بقلبه الفسخ لا ينفسخ بمجرد النية إلا أن يكون معنى المسألة عزم على ترك الخصومة بالوطء، فيكون الفسخ بفعل اقترن به النية لا بمجرد النية.

١٤٣٨١ - ومن جملة صور العقد: رجل ادعى على رجل هبة مقبوضة، وأقام على ذلك شهود زور، وقضى القاضي للمدعي، فعلى قول محمد رحمه الله: ينفذ القضاء ظاهرًا لا باطنًا، حتى لا يحل للمقضي له الانتفاع.

وعن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان بناء على أن قضاء القاضي بالتبرعات بشهادة الزور، هل ينفذ باطنًا؟ فعن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان: في رواية: لا ينفذ؛ إذ ليس للقاضي ولاية إنشاء التبرع، وفي رواية أخرى: ينفذ باطنًا؛ لأن للقاضي ولاية إنشاء التبرع في الجملة، وأما الأملاك المرسلة، فالقضاء فيها بشهادة الزور لا ينفذ باطنًا بالإجماع؛ لأن هناك لا يمكن تصحيح القضاء باطنًا؛ لأنه لا يمكن إنشاء الملك سابقًا؛ لأن إنشاء الملك مطلقًا بلا سبب ليس في وسع العباد، وتعذر إنشاء السبب؛ لأن في أسباب الملك كثرة، وليس البعض أولى من البعض.

وأما قضاء القاضي بالنسب بشهادة الزور، فقد قيل: إنه على الخلاف، وقيل: إنه لا ينفذ باطنًا بلا خلاف.

١٤٦٨٢- صورة المسألة : أمة ادّعت على مولاها أنها ابنته ، وأنه أقرّ بذلك ، وأقامت على ذلك شهود زور ، وقضى القاضي بذلك حرم على المولى وطؤها عند أبي حنيفة رحمه الله ، خلافاً لمحمد رحمه الله ، وعند بعض المشايخ لا يحرم بالإجماع ، فإن مات الأب ، وترك ميراثاً ، هل يحل لها أكله؟ ذكر في كتاب الرجوع أنه يحل لها أكله من غير ذكر خلاف .

واختلف المشايخ رحمهم الله فيه ، بعضهم قالوا : هو على الخلاف ، وبعضهم قالوا : لا يحل لها أكله بلا خلاف ، وعلى قول هذا القائل يحتاج أبو حنيفة رحمه الله إلى الفرق بين النسب والنكاح .

والفرق أن في فصل النكاح أمكن تصحيح قضائه باطناً بإنشاء السبب ؛ لأنه ادعى السبب ، فجعلنا كذلك تصحيحاً للقضاء بقدر الممكن ، أما ههنا ما ادعى السبب ، لأنه ادعى الملك بالإرث ، والثابت للوارث عين ما كان للمورث على ما عرف ، والثابت للمورث مطلق ، فكذا الثابت للوارث ، فعلم أن هذا دعوى ملك مطلق ، وقضاء القاضي في الأملاك المرسلة لا ينفذ باطناً ، وبعضهم قالوا : يحل لها أكل ميراثه بلا خلاف ، فعلى قول هذا القائل يحتاج محمد رحمه الله إلى الفرق بين النسب وما تقدم

والفرق : أن المرأة لا تعرف ثبات النسب وعلوقها حقيقة ؛ لأن العلوق غيب عنها ، وإنما يعرف بشهادة الشهود ، فصار حالها كحال القاضي من حيث إن كل واحد منهما يعتمد شهادة الشهود ، فيحل لها أن تأكل ميراثه ، أما فيما تقدم المدعي يعرف حقيقة الحال ، ويعرف بطلانه في الدعوى ، وخطأ القاضي في قضائه ؛ فلا يثبت بالقضاء في حقه ما لم يكن ثابتاً من قبل ، وإن ماتت المرأة ، ذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في كتاب الرجوع ، وذكر أنه يحل له أكل ميراثها .

قال شيخ الإسلام رحمه الله : وهذا الجواب على قول الكل ؛ لأن الحال لا يخلو إما إن كانت أمته أو بنته ، فإن كانت أمته ، فهذا كسب أمته ، فيحل له بالإجماع ، وإن كانت بنته كان ميراثها حلالاً له بالإجماع ، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أن هذا الجواب مشكل عند الكل لو كان المذكور قول الكل ، أما عند محمد رحمه الله فظاهر ، وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأن طريق تصحيح قضاء القاضي عنده باطناً إنشاء

السبب، وليس للقاضي ولاية الإنشاء في الميراث والنسب.

قال محمد رحمه الله : حتى قال بعض مشايخنا رحمهم الله : ما ذكر في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله، وتأويله أنه يأكل ميراثها بسبب الولاء؛ لأن القاضي قضى بالحرية، وله فيه ولاية الإنشاء، فيثبت الولاء له بقضاء القاضي عنده، فيأكل ميراثها بسبب الولاء، لا بسبب القرابة. قال محمد رحمه الله : والأصح عندي أنه يأكل ميراثها عند أبي حنيفة رحمه الله بسبب القرابة؛ لأنه لما كان للقاضي ولاية الإنشاء في قطع النسب باللعان، كان له ولاية الإنشاء في القضاء بالنسب إذا صادف محله، وقد صادف محله ههنا؛ لأنه ليس لها نسب معروف، فلهذا قال . يأكل ميراثها.

١٤٢٨٣ - وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في كتاب الرجوع في موضع آخر : أن النسب يثبت بقضاء القاضي باطناً بشهادة الزور عند أبي حنيفة رحمه الله، وذكر وجه ذلك، فقال : إن كان القاضي لا يملك إنشاء النسب بولاية القضاء من غير شهادة، فالخصمان يملكان ذلك، وكما يملك القاضي الإنشاء بشهادة الزور فيما يملك إنشاءه بولاية القضاء من غير بينة يملك الإنشاء بشهادة الزور فيما يملك الخصمان إنشاءه بولاية القضاء من غير بينة يملك الإنشاء بشهادة الزور فيما يملك الخصمان إنشاءه على إحدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله، فإنه يقول على إحدى الروايتين : القاضي يملك إنشاء الهبة حتى قال : بأن قضاء القاضي بالهبة بشهادة الزور ينفذ باطناً على هذه الرواية، والقاضي لا يملك إنشاء الهبة بولاية القضاء من غير بينة، ولكن طريقه أن الخصمين يملكان إنشاءها، فيملك القاضي إنشاءها بشهادة الزور - والله أعلم - .

## الفصل السادس عشر

## في القضاء بخلاف ما يعتقده المحكوم أو المحكوم عليه

١٤٢٨٤ - وفيه بعض مسائل الفتوى: رجل فقيه قال لامرأته: أنت طالق البتة، وهو يراها واحدة رجعية، فراجعها، ورافعته إلى قاض يراها ثلاثًا، فجعلها ثلاثًا، وفرق بينهما، أو كان الزوج يراها واحدة بائنة، فتزوجها ورافعته إلى قاض يراها ثلاثًا، وفرق بينهما، نفذ هذا القضاء ظاهرًا وباطنًا حتى لا يحل له المقام معها، ولا يسعها أن تمكنه من نفسها، وإن كان الزوج يراها ثلاثًا، فرافعته إلى القاضي الذي يراها واحدة بائنة، أو واحدة رجعية، فجعلها واحدة بائنة، أو واحدة رجعية، نفذ هذا القضاء باطنًا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يسعه أن يراجعها، وأن يتزوجها، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: لا ينفذ هذا القضاء باطنًا، ذكر الخلاف على هذا الوجه في آخر استحسان الأصل.

فالحاصل: أن المبتلى بالحادثة إن كان عاميًا لا رأي له، فعليه أن يتبع حكم القاضي فيما يقضي في تلك الحادثة، سواء حصل الحكم له، بأن حصل الحكم بالحل، أو حصل الحكم عليه، بأن حصل الحكم بالحرمة، وإن كان المبتلى بالحادثة فقيهًا له رأي، وحكم القاضي بخلاف رأيه إن حصل الحكم عليه، بأن كان هو يعتقد الحل، وقضى القاضي بالحرمة، فعليه أن يتبع حكم القاضي، ويترك رأي نفسه بلا خلاف، وإن حصل الحكم له، بأن كان هو يعتقد الحرمة، وقضى القاضي بالحل، ذكر في بعض المواضع أنه يتبع حكم القاضي، ويترك رأي نفسه من غير ذكر خلاف.

وذكر في بعض المواضع: أن على قول أبي يوسف رحمه الله لا يترك رأي نفسه، ولا يلتفت إلى إباحة القاضي فيما يعتقد حرامًا، فوجه قولهما أنا أجمعنا على أن المبتلى بالحادثة إذا كان عاميًا، وقضى القاضي له ينفذ قضاؤه، فكذا إذا كان عالمًا؛ لأن قضاء القاضي يلزم في حق الناس كافة.

توضيحه: أن القاضي يقضي بأمر الشرع، وما يصدر[1] مضافاً إلى الشرع، فهو بمنزلة النص، فلا يترك ذلك بالرأي، كما لا يترك النص بالاجتهاد، وأبو يوسف رحمه الله يقول: الإلزام في جانب المقضي عليه، فأما في حق المقضي له لا إلزام، ولهذا لا يقضي بدون طلبه، وفي زعمه أن القاضي مخطئ في هذا القضاء، فلا يتبعه في ذلك.

١٤٢٨٥ - وفي «نوادر هشام»: عن محمد رحمه الله: رجل تزوج امرأة، ثم جنّ جنوناً مطبقاً، وله والد فادعت المرأة أنه كان حلف قبل أن يتزوج بطلاق كل امرأة يتزوجها ثلاثاً، قال: ينصب القاضي والده خصماً، فإن نصبه، ورأى أن هذا القول ليس بشيء، فأبطله وأمضى النكاح، ثم برئ الزوج، وهو يرى وقوع الطلاق بهذا القول، هل يسعه المقام معها؟ قال: نعم، ولكن على قياس قول أبي يوسف: لا يسعه المقام معها؛ لأن الحكم وقع له.

١٤٢٨٦ - ولو أن فقيهاً قال لامرأته: أنت طالق البتة، وهو يراها ثلاثاً، فأمضى رأيه فيما بينه وبينها، وعزم على أنها حرمت عليه، ثم رأى بعد ذلك أنها تطليقة رجعية، أمضى رأيه الذي كان عزم عليه، ولا يردها إلا أن يكون زوجه برأي حدث من بعد؛ لأنه لما أمضى رأيه في ذلك، صار بمنزلة انضمام الحكم إليه، فلا ينقضه بما حدث، بخلاف ما إذا قضى القاضي بخلاف رأيه الذي عزم عليه؛ لأن قضاء القاضي أقوى من رأيه بإمضائه، فجاز النقض به، وكذلك لو كان في الابتداء يرى أنها تطليقة رجعية، فعزم على أنها امرأته، ثم رأى بعد ذلك أنها ثلاث تطليقات لم تحرم عليه، لما ذكرنا أن الرأي إذا اتصل به الإمضاء لم يفسخ باجتهاد آخر.

ولو كان في الابتداء لم يعزم على ذلك، ولم يمض رأيه حتى رآها ثلاثاً، لم يسعه المقام معها؛ لأن مجرد الاجتهاد يجوز أن ينقض باجتهاد مثله، ويصير كالناسخ له في حق وجوب العمل إلا إن كان الإمضاء متصلاً بالأول.

وكذلك لو كان في الابتداء يرى أنها ثلاث تطليقات إلا أنه لم يعزم عليه، ولم يمض رأيه حتى يراها واحدة رجعية بعد ذلك، فأمضى رأيه فيها، وجعلها واحدة رجعية، وسعه ذلك، ولا يحرمها رأي آخر بعد ذلك.

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ: يصير.

وفي أدب المنتقى: لو أن فقيهاً قال لامرأته: أنت طالق البتة، وهو يرى أنها واحدة يملك الرجعة، وعزم على أنها امرأته، وراجعها، ثم قال لامرأة أخرى له: أنت طالق البتة وهو يرى يوم قال: ذلك أنها ثلاث حرمت عليه المرأة الأخرى بهذا القول، فيكون للرجل امرأتان قد قال لهما: قولاً واحداً تحل إحداهما له، وتحرم الأخرى عليه، كما يكون في القضاء بين المختلفين، وإذا كان المبتلى بحادثة فقيهاً له رأي، فاستفتى فقيهاً آخر، فأفتاه بخلاف رأيه يعمل برأي نفسه.

وإن كان المبتلى جاهلاً، فإنه يأخذ بفتوى أفضل الرجال عند العامة فقهاً[1]، ويكون ذلك بمنزلة الاجتهاد له، فإن أفتاه مفتي في تلك الحادثة وهو جاهل، وقضى القاضي في تلك الحادثة بخلاف الفتوى والحادثة مجتهد فيها إن كان القضاء عليه يتبع رأي القاضي، ولا يلتفت إلى فتوى المفتي، وإن كان المفتي أعلم من القاضي في تلك الحادثة عند العامة، وإن كان القضاء له، فهو على الاختلاف الذي مر ذكره؛ لأن قول المفتي في حق الجاهل بمنزلة رأيه واجتهاده، فصارت هذه المسألة عين تلك المسألة.

١٤٢٨٧- وفي نوادر داود بن رشيد: سئل عن محمد رحمه الله في رجل ليس بفقيه ابتلي بنازلة في امرأته، فسأل عنها فقيهاً، فأفتاه بأمر من تحليل أو تحريم، فحرم عليه، وأمضاه، ثم أفتاه ذلك الفقيه بعينه، أو غيره من الفقهاء في امرأة أخرى له في عين تلك النازلة بخلاف ذلك، فأخذ به، وعزم عليه وسعه الأمران جميعاً

ولو كان هذا الرجل سأل بعض الفقهاء عن نازلة، وأفتاه بحلال أو حرام، فلم يعزم على ذلك في زوجته، حتى سأل فقيهاً آخر، فأفتاه بخلاف ما أفتى به الأول، فأمضاه على زوجته، وترك فتوى الأول، وسعه ذلك.

ولو كان أمضى قول الأول في زوجته، وعزم عليه فيما بينه وبين امرأته، ثم أفتاه فقيه آخر بخلاف ذلك لا يسعه أن يدع ما عزم عليه، ويأخذ بفتوى الآخر.

قال محمد رحمه الله: وهذا كله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقولنا وفي القدوري: إذا لم يكن الرجل المبتلى بالحادثة فقيهاً، واستفتى إنساناً، فأفتاه بحلال، أو حرام، فإنه لم يعزم على ذلك حتى أفتاه غيره بخلافه، فأخذ بقول الثاني،

(1) وفي م: فقيها.

وأمضاه في مكان حقه، لم يجز له أن يترك ما أمضاه فيه، ويرجع إلى ما أفتى به الأولون؛ لأنه متعبد بالتقليد، كما يتعبد المجتهد بالاجتهاد، فكما[1] يجب على المجتهد أن يعمل بما أمضاه، ولم يجز نقض ذلك بتبدل الرأي، فكذا المقلد إذا عزم على العمل بفتوى واحد من المفتيين، لم يسعه أن ينقض ذلك بفتوى آخر.

١٤٢٨٨- وفي "النوازل": إذا حلف الرجل بطلاق كل امرأة يتزوجها، فتزوج امرأة، فاستفتى فقيهاً عدلاً من أهل الفتوى، فأفتاه ببطلان اليمين، وسعه اتباع فتواه، وإمساك المرأة.

وفيه أيضاً: إذا استفتى فقيهاً فأفتاه ببطلان اليمين، فتزوج امرأة أخرى، ثم استفتى فقيهاً آخر، فأفتاه بصحة اليمين، يفارق الأخرى، ويمسك الأولى عملاً بفتواهما -والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب-.

(١) وفي الأصل: "فكذا" مكان "فكما".

## الفصل السابع عشر
## في أقوال القاضي، وما ينبغي للقاضي أن يفعل وما لا يفعل

١٤٢٨٩- ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه قال: لا يجوز للقاضي أن يقول: أقر فلان عندي بكذا لشيء، يقضي(١) به عليه من قتل، أو مال، أو طلاق، حتى يشهد معه على ذلك رجل عدل، ليس لأحد بعد رسول الله ﷺ أن يقول: أقر بقتل فيقتل، أقر بسرقة، فيقطع لو أجزت هذا لزعمت أن طاعته مفروضة بمنزلة طاعة رسول الله ﷺ، وليس هذا لأحد(٢) لا قاضي ولا غيره، قال: ولا أقيم حداً على أحد بقول قاض أقر عندي بكذا، حتى يقول معه ذلك آخر من العدل، فإن كان القاضي عندي عدلاً، والشاهد معه على ذلك عدلاً، ومضى(٣) به أقيم عليه وإلا لم يصدق قولهما.

ولو كان هذا الحاكم هو الذي ولي قطع يده فقطعها بإقرار زعم منه عنده، كان في القياس إذا قطع يده بشيء، لكني أدرأ عنه القصاص لاختلاف الفقهاء في أن قول القاضي: أقر عندي بكذا ينفذ عليه، قال: وأجعل الدية في ماله عليه هذا جملة ما ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله.

واعلم بأن إخبار القاضي عن إقرار رجل بشيء لا يخلو: إما أن يكون الإخبار عن إقرار بشيء يصح رجوعه عنه، كالحد في باب الزنا والسرقة وشرب الخمر، وفي هذا الوجه لا يقبل قول القاضي بالإجماع؛ لأنه إنما يحتاج إلى الرجوع إلى قول القاضي عند جحود الخصم، وإذا جحد الخصم، فقد رجع عن الإقرار، فأما أن يكون الإخبار عن إقرار بشيء لا يصح منه الرجوع كالقصاص وحد القذف، وسائر الحقوق التي هي للعباد في هذا الوجه قبل قوله في الروايات الظاهرة عن أصحابنا رحمهم الله، وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله: قال: لا يقبل قوله.

---

(١) وفي م: ليقضي به

(٢) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ: لأحد

(٣) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: ويمضي.

قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : ما ذكر في ظاهر الروايات قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله أولاً ، وما روى ابن سماعة ، فهو قوله آخراً ، ثم في بعض النسخ وقع رواية ابن سماعة مطلقة ، وفي بعضها مقيدة ، ففي بعضها : لا يقبل قوله ، وفي بعضها : لا يقبل قوله ما لم ينضم إليه عدل آخر ، وهو الصحيح ، وجه هذه الرواية أن القاضي ليس بمعصوم عن الكذب ، فإخباره بانفراده لا يكون حجة ، وكثير من مشايخنا رحمهم الله أخذوا بهذه الرواية في زماننا لما رأوا من فساد القضاة ، وذكر بعض مشايخنا رحمهم الله رجوعه عن هذه الرواية برواية هشام .

وجه الروايات الظاهرة أن القاضي أمين ، ألا ترى أن تنفذ قضاياه ، ولو كان متهماً لما نفذت قضاياه ؛ لأن كونه متهماً ينافي كونه قاضياً ، ألا ترى أنه ينافي كونه شاهداً ، وألا ترى أنه لا ينفذ قضاياه في حق الوالدين والمولودين ، وإنما لا ينفذ لمكان التهمة ، وههنا لما نفذ قضاياه علمنا أنه ليس بمتهم ، وقول الأمين مقبول ، كالوكيل والمودع .

وكان الشيخ الإمام الزاهد إمام الهدى أبو منصور الماتريدي رحمه الله يجعل هذه المسألة على وجوه ، إن كان القاضي عالماً عدلاً يقبل قوله ؛ لأن علمه يؤمنه عن الغلط ، وعدالته تؤمنه عن الجور ، وإن كان عدلاً غير عالم يستفسر إن أحسن ذلك قبل قوله ، وإن كان جاهلاً فاسقاً ، أو فاسقاً غير جاهل ، لا يقبل قوله ، إلا أن يعاين السبب ، وأنكر بعض مشايخنا رحمهم الله ذلك ، وقال : مع جهله أو فسقه لا يقبل قوله أصلاً ؛ لأنه يخاف عليه إما الغلط أو الجور .

هذا إذا أخبر القاضي عن ثبوت الحق بالإقرار ، فأما إذا أخبر عن ثبوت الحق بالبينة ، بأن قال : قامت بذلك بينة عندي ، وعدلوا ، وقبلت شهادتهم على ذلك قبل قوله : وله أن يحكم بها بخلاف الإقرار ؛ لأن رجوع الخصم ثمه يعمل ، وههنا رجوع الخصم لا يعمل هذا الذي ذكرنا إذا أخبر القاضي عن شيء ، وهو قاض ، فأما إذا أخبر عن شيء بعد العزل ، وصورته : إذا عزل القاضي ، فجاء رجل وخاصمه إلى القاضي المقلد ، وقال : إنه دفع مالي ، وذلك كذا وكذا إلى هذا بغير حق ، أو قال : إنه قتل ولي فلاناً وهو قاضي بغير حق ، وقال القاضي المعزول ، فعلت ما فعلت بقضاء قضيته عليه بإقرار أو بينته ، ففي رواية ابن سماعة : لا يقبل قوله ؛ لأنه على رواته لا يقبل قوله ، وهو قاضي

الشهادة، ويأخذ المستودع والمشتري بذلك، وإن لم يكن الأول، شهدهما أنه قضى بذلك فقضاؤه بذلك، وقوله عليه سواء.

١٤٢٩٥ - وإذا قبض القاضي مال يتيم، أو غائب، ووضعه في بيته، ولا يعلم أين هو؟ فهو ضامن. وإن علم أنه دفعه إلى قوم، ولا يدري إلى من دفعه، فلا ضمان عليه

وكذلك إذا قال القاضي: دفعت إلى ولي من أولياء الأيتام، ولا يدري إلى من دفعه، فلا ضمان عليه

١٤٢٩٦ - في المنتقى أيضًا: ذكر في الأصل: وينبغي للقاضي أن يرد الخصوم إلى الصلح إذا لم يستبن له وجه القضاء، وإذا استبان له وجه القضاء، ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: أنه يقضي، ولا يردهم إلى الصلح، وذكر شيخ الإسلام: أنه إذا طمع في الصلح حال استبانة القضاء، ردهم إلى الصلح، ولا يقضي ما لم ييأس عن الصلح.

وذكر في أدب القاضي: وإذا طمع القاضي في اصطلاح الخصمين، فلا بأس بأن يردهم، ولا ينفذ الحكم عليهم، ولا ينبغي أن يردهم بأكثر من مرتين، فإن لم يطمع في الصلح أنفذ القضاء بينهم، وإن أنفذ القضاء بينهم من غير أن يردهم، فهو في سعة منه، ورده وإن طمع في الصلح.

١٤٢٩٧ - وإذا أراد القاضي كتابة السجلات والمحاضر بنفسه، وأراد أن يأخذ على ذلك أجرًا، فله ذلك؛ لأن هذا ليس من عمل القضاء، فإن قيام القضاء بالحكم وكتابة السجل أمر زائد عليه، ولكن إنما يأخذ بقدر ما يجوز أخذه لغيره، والتقدير فيما يجوز أخذه لغيره يحكى عن السيد الإمام الأجل أبي شجاع رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله، وعن بعض المتقدمين في كل ألف درهم خمسة دراهم، وفيما دون الألف إذا كان مشقة كتابة مثل كتابة مشقة الألف، فله خمسة أيضًا، وإن كان على النصف من ذلك، فله درهمان ونصف، وإن كان ضعف ذلك، فله عشرة دراهم.

١٤٢٩٨ - وفي فتاوى النسفي: وإذا كان القاضي تولى القسمة بنفسه حل له أخذ الأجر.

١٤٢٩٩ - وكل نكاح باشره القاضي، وقد وجب مباشرته عليه كنكاح الصغار

والصغائر ، فلا يحل له أخذ الأجرة عليه ، وما لم تجب مباشرته عليه ، حل له أخذ الأجرة عليه.

١٤٣٠٠ - وإذا أذن ببيع مال اليتيم لمصلحة اليتيم ، لا ينبغي له أن يأخذ الأجر من مال اليتيم لأجل هذا الإذن ، ولو أخذ وأذن بالبيع ، لا ينفذ بيعه ، وإذا غاب الرجل عن امرأته ، وتزوجت بزوج آخر ، ثم حضر الزوج الأول ، وأقام البينة على النكاح ، والمرأة تدعي الطلاق ، فالقاضي لا يعزرها ، هكذا حكي فتوى شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله ؛ لأنه يمكنها أن تقول : طلقني إلا أني ما وجدتُ البينة على الطلاق .

١٤٣٠١ - غريب مات في بلدة ، وترك أموالاً ، فقاضي البلدة يتربّص مدة يقع في قلبه أنه لو كان له وارث يحضر في هذه المدة ، فإذا تربص مثل هذه المدة ، ولم يحضر له وارث ، يضعها في بيت المال ، ويصرفها إلى القناطر ، ونفقة الأيتام ، وأشباه ذلك ، وإذا حضر الوارث بعد ما صرفها إلى هذه المصارف ، يقضي حقه من مال بيت المال .

١٤٣٠٢ - قال في "الأصل" : قال أبو حنيفة رحمه الله : ويكره للقاضي تلقين الشهود بأن يقول له : أتشهد بكذا ، وقال أبو يوسف رحمه الله : لا بأس به .

وفي "المنتقى" : قال أبو يوسف رحمه الله : لا بأس بتلقين الشهود إذا كانوا عدولاً ، وإنما قال أبو يوسف رحمه الله : ذلك حين ابتلي بالقضاء ، ورأى بعض الشهود عجزاً عن أداء الشهادة ، وهذا لأن المجلس مجلس القضاء هيبة ، وللقاضي حشمة ، ومن لم يتعود التكلم في هذا المجلس يتعذر عليه البيان إذا لم يعنه القاضي على البيان .

١٤٣٠٣ - قال في "الأصل" : إذا ارتاب القاضي في أمر الشهود فرق بينهم لا يسع غير ذلك ، ويسألهم أيضاً أين كان هذا؟ ومتى كان هذا؟ ويكون هذا السؤال بطريق الاحتياط ، وإن كان لا يجب هذا على الشهود في "الأصل" ، فإذا فرقهم ، فإن اختلفوا في ذلك اختلافاً يفسد الشهادة ردها ، وإن كان لا يفسدها لا يردها ، وإن كان يتهمهم فالشهادة لا ترد بمجرد التهمة .

وفي "نوادر ابن سماعة" : عن أبي يوسف رحمه الله قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا اتهم الشهود فرقت بينهم ، ولا التفات إلى اختلافهم في لبس الثياب ، وعدد من كان معهم من الرجال والنساء ، ولا إلى اختلاف المواضع بعد أن تكون الشهادة على

الأقوال ، وإن كانت الشهادة على الأفعال ، فلا اختلاف في المواضع اختلاف في الشهادة.

وقال أبو يوسف رحمه الله : إذا لم اتهمتهم[1] ورأيت ريبة ، وظننت أنهم شهود الزور أفرق بينهم ، وأسألهم عن المواضع والثياب ، ومن كان معهم ، فإذا اختلفوا في ذلك ، فهذا عندي اختلاف أبطل به الشهادة.

وعن إبراهيم عن محمد رحمه الله : في شاهدين شهدا لرجل بدار ، فالقاضي سألهما كيف هي لعلة[2] لا يفضع بشهادتهما سبباً ، فإن قال الشاهد : لا أخبرك ، ولا أزيد على هذا فهي له أبطلت الشهادة.

١٢٣٠٤ – وعن أبي يوسف رحمه الله : رجل ادعى عبداً في يد إنسان ، فالقاضي لا يسأل صاحب اليد من أين هذا لك ، وقال أبو حنيفة رحمه الله : ليس للقاضي أن يقول للشهود شيء لرجل لا يعلمونه مع أو وهب ، وفي نوادر ابن سماعة : عن محمد رحمه الله : إذا شهد عند القاضي شاهدان بدار لرجل ، فله أن يسألهما عن البناء ، والله أعلم بالصواب –.

---

(١) هكذا في الأصل و م ، وكذا في ظ . اتهمتهم بصيغة الإثبات.

(٢) وفي الأصل : النفقة ، وفي م : العلة.

# الفصل الثامن عشر
## في قبض المحاضر من ديوان القاضي المعزول

١٤٣٠٥ - إذا عزل القاضي، وقلد غيره ينبغي للقاضي المقلد أن يبعث أمينين من أمنائه ليقبضا من القاضي المعزول ديوانه، وديوان القاضي خريطته التي فيها الصكوك والمحاضر ونصب الأوصياء والقوام في الأوقاف وتقدير النفقات، وما يشاكله؛ لأن القاضي يكتب لهذه الأشياء نسختين يضع إحداهما في يد الخصم والقيم والأخرى يجلدها في ديوانه حتى إذا احتاج إلى الرجوع إليها أمكنه العمل بها عن إيقان، فما في يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير والتبديل، والقاضي المقلد يحتاج إلى قبض ذلك؛ لأنه يحتاج إلى الرجوع إلى ذلك في الحوادث التي ترفع إليه، فيبعث أمينين من أمنائه ليقبضا ذلك.

وإن أبى القاضي المعزول الدفع، فإن كان البياض الذي كتب عليه نسخة هذه الأشياء من مال بيت المال، يجبر على الدفع؛ لأنه إنما اتخذ ذلك للعمل به، وقد صار العمل لغيره، فلا يترك في يده، وإن كان ذلك من مال القاضي، أو من مال الخصوم، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، والأصح أنه يجبر على الدفع؛ لأنه ما اتخذه للتمول، بل للعمل به إحياء لحق المسلم، وقد صار العمل إلى غيره

وإذا قبضا ديوانه يقبضان الودائع وأموال اليتامى أيضًا، ويكون عند المقلد، ويأخذان أسماء المحبوسين أيضًا، فالقاضي إذا حبس رجلا بحق، ينبغي أن يكتب اسمه واسم أبيه وحليته، والسبب الذي لأجله حبسه، وتاريخ الحبس؛ لأنه يحتاج إليه لسماع البينة على الإفلاس، فيأخذان ذلك أيضًا، ويجعل القاضي المقلد ذلك في ديوانه.

وينبغي أن يذكر في تذكرته تاريخ الحبس من الوقت الذي أثبته المعزول، لا من وقت عمله؛ لأنه بناء على ذلك الحبس، ويسألان القاضي المعزول عن المحبوسين، وأسباب الحبس، لا لأن قول القاضي المعزول حجة، وكيف يكون حجة، وأنه بالعزل التحق بواحد من الرعايا، ولكن ليكشف ويسأل المحبوسين عن أسباب الحبس، ويجمع

بينهم ، وبين خصومهم ، وإن كان في المحبوسين جماعة لم يحضر لهم خصم ، وقالوا : حبسنا بغير حق ، فالقاضي المقلد لا يطلقهم تحسينًا للظن بالقاضي المعزول فيما يأمر من حبسهم ، ويأمر مناديًا بالنداء إنا وجدنا فلانًا وفلانًا محبوسين ، فمن كان له عليهم حقًا فليأتنا ، فإن حضر رجل فصل الخصومة بينهما على وجهه ، وإلا أطلقهم بكفيل ، وتقدير مدة النداء ، أو المدة التي يسع فيها الإطلاق موكول إلى رأي القاضي .

قيل : ما ذكر هنا من أخذ الكفيل قولهما ، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله ، لا يأخذ بناء على مسألتين : إحداهما : إذا قسم القاضي التركة بين الورثة ، لا يحتاط بأخذ الكفيل عند أبي حنيفة رحمه الله خلافًا لهما ، الثانية : إذا قضى القاضي دين الغرماء من التركة ، لا يحتاط بأخذ الكفيل عند أبي حنيفة رحمه الله ، خلافًا لهما .

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله : يأخذ الكفيل ههنا على قول الكل ، والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن في مسألة القسمة ، وقضاء الدين حق هذا الذي حضر ظاهر ، وحق الآخر موهوم ، ولا يجوز تأخير هذا الحق الظاهر إلى وقت أخذ الكفيل لحق موهوم ، أما في هذه المسألة الحق ظاهر ؛ لأن محمل فعل القاضي المعزول على السداد ، فلا يكون في أخذ الكفيل تأخير حق ظاهر لحق موهوم .

١٤٣٠٦ - ثم اعلم بأن الحبس أنواع : أحدها : الحبس بالدين ، وإنه يشتمل على فصول : الأول : إذا قال المحبوس حبست بدين قد أقررت به عند القاضي المعزول ، فالقاضي المقلد يجمع بين المحبوس وبين خصمه ، فإن صدقه خصمه في ذلك أعاده إلى الحبس إذا طلب خصمه ذلك ، وأما إذا أنكر المحبوس الدين ، وقال : إن هذا يدعي علي شيئًا بغير حق ، وقد حبسني ظلمًا ، وخصمه يقول : لي عليه كذا ، وقد حبسه بحق ، فالقاضي يأمر خصمه بإقامة البينة على ما ادعى ، فإذا أقام ، وعرفهم القاضي بالعدالة أدام حبسه ، وإن لم يعرفهم بالعدالة ، واحتاج إلى السؤال أخذ كفيلًا بنفسه ، ويطلقه ، ولا يحبسه أما لا يحبسه ؛ لأنه لم يظهر سبب حبسه ، وأما لا يطلقه بدون الكفيل نظرًا للمدعي ، لأنه لو حضر البينة لم يجد المدعى عليه .

١٤٣٠٧ - وإن قال بعض المحبوسين : أنا محبوس بدين فلان ، فمره يأخذ مني كفيلًا ويطلقني ، فالقاضي يأمره بإحضار خصمه ، فإذا حضر وصدق المحبوس في

الوجه الثاني، إذا بدأ بالإقرار بالملك، بأن قال: المال الذي في يدي لفلان غير الذي أقر له القاضي المعزول، دفعه إلى القاضي المعزول أمر بالتسليم إلى الذي أقر له صاحب اليد؛ لأن إقراره بالملك الأول قد صح، لأنه أقر بما في يده، وتعلق به حق المقر له. فإذا قال بعد ذلك: دفع[1] إلى ذلك القاضي المعزول، فقد أقر ما لليد للقاضي المعزول، والقاضي المعزول يقر لفلان، فقد أقر لمن أقر له القاضي به بعد ما أقر به الأول، فلا يصح إقراره للثاني في حق الأول. فإن دفع إلى الأول بغير قضاء، ضمن للثاني، وإن دفع بقضاء، فكذلك عند محمد رحمه الله، وعند أبي يوسف رحمه الله: لا يضمن.

١٤٣٦٣ - أصل المسألة: إذا أقر الرجل أن هذا المال الذي في يدي لفلان دفعه إلي فلان آخر، وقال الدافع: هو ملكي، فإن هناك يؤمر المقر بالتسليم إلى المقر له الأول، وهل يضمن للثاني؟ فهو على التفصيل والاختلاف الذي ذكرنا، والمسألة معروفة في كتاب الإقرار.

١٤٣٦٤ - وإن قال القاضي المعزول: في يدي فلان ألف درهم أصابه فلان اليتيم من تركة أبيه، وصدقه ذو اليد في ذلك؛ فإن لم يدع أحد من باقي الورثة ذلك المال، فهو لليتيم؛ لأن صاحب اليد أقر للقاضي المعزول، والقاضي المعزول يقر به لليتيم، ولم ينازعه في ذلك أحد، فيكون ذلك لليتيم. وإن قال باقي الورثة: لم يستوف منا أحد حقه من تركة الميت، كان ذلك المال مشتركًا بين جميع الورثة واليتيم من جملتهم؛ لأن اليد للقاضي المعزول معنى، وهو قد أقر أن المال كان لوالد اليتيم، وما كان للإنسان يصير ميراثًا لجميع ورثته، ولا يختص به البعض إلا إذا ثبت استيفاء الباقين حقوقهم، ولم يثبت ذلك بقول القاضي المعزول لما أنكروا الاستيفاء؛ لأن القاضي المعزول بالعزل التحق بواحد من الرعايا، فقد صح إقرار القاضي المعزول أن هذا ملك والقسم باعتبار اليد للمقر له، ولم يصح إقراره على سائر الورثة بالاستيفاء باعتبار يده المعنوية، وإذا لم يثبت هذا الاستيفاء، كان هذا المال تركة الميت[2]، فيقسم بين سائر الورثة، واليتيم من جملتهم إلا أنه ينبغي للقاضي المقلد أن ينظر لليتيم، ويحلف باقي الورثة بالله ما استوفيتم

(١) وفي ظ: رفع.

(٢) وكان في الأصل: تركة الميت

حقوقكم من تركة والدكم فلان؛ لأنه عاجز عن النظر بنفسه، فينظر له القاضي المقلد.

وإن قال القاضي المعزول: هذا المال لفلان اليتيم، ولم يقل: أصابه من تركة والده، وادعى باقي الورثة أنه من تركة والدهم، فالمال لليتيم؛ لأن القاضي المعزول ههنا ما أقر بالملك لوالد اليتيم ليصير مقرًا بكونه ميراثًا لورثته، بل أقر لليتيم بالملك مطلقًا، وليس من ضرورة كونه مملوكًا لليتيم أن يكون من تركة والده، فبعد ذلك باقي الورثة يدعون لأنفسهم حقًا في هذا المال، فلا يصدقون إلا بحجة.

وإن كان مالًا بعينه على رجل قد كان القاضي بين في الصك سببه، وأشهد في الصك أنه لفلان اليتيم أصابه من تركة والده فلان، فإن سائر الورثة استوفوا حقوقهم، فنقول: مجرد الصك ليس بحجة، وكذلك قول القاضي المعزول على استيفاء باقي الورثة حقوقهم ليس بحجة، وإنما الحجة شهادة شهود يشهدون على إشهاد القاضي إياهم بالاستيفاء أو على إقرارهم بالاستيفاء، فإن شهد الشهود بذلك، كان هذا المال لليتيم، وإلا فهو كسائر الورثة[1].

١٤٢١٤ - وإذا قال القاضي المعزول: ثبت عندي بشهادة الشهود أن فلانًا وقف ضيعة كذا على كذا، وحكمت بذلك، ووضعتها على يدي فلان، وأمرته بصرف غلاتها إلى السبيل المشروط في الوقف، وصدقه بذلك صاحب اليد، فإن كان أقر ورثة الواقف بذلك تنفذ القاضي المقلد هذا الوقف؛ لأن اليد على الضياع للقاضي المعزول، وهو قد أقر بوقفيته من جهة من زعمه مالكًا، وصدقه خلفاؤه في ذلك، فيعتبر تصديقهم بتصديق الميت لو كان حيًا، وإن كان قد جحدوا ذلك، ولم يقم عليهم بينة كان ميراثًا بينهم؛ لأن بإقرار القاضي تستكون الضيعة ملكًا للميت، ولم يثبت الوقفية، فيبقى على ملكه ميراثًا بين ورثته، ولكن يستحلف الورثة على علمهم. فإن حلفوا فالأمر ماض، وإن نكلوا قضى عليهم بالوقفية بإقرارهم.

وإن قامت البينة عليهم بذلك، قضى القاضي عليهم بالوقفية، كما لو قامت البينة على الواقف حال حياته. وإن قال القاضي المعزول: إنه وقف على الأرباب، أو قال: على المسجد، أو بين وجهًا آخر من وجوه البر، ولم يقل: وقفها فلان، فالقاضي المقلد

(1) في الأصل: لسائر الورثة.

بنفسه، ولا يسأله عن التقسيم، لأن التقسيم يصير بالوقف غصبا، فربما ينكر ورثة الواقف الوقف، ولا يوجد على ذلك بينة فيرثونه ميراثا، وهذا هو السبيل في كل موضع يقع الاستبدال جهارا، فالقاضي المفسد يتركه، ويكتفي بالإجمال. وينبغي للقاضي أن يحاسب الأمناء فيما جرى على أيديهم من أموال اليتامى وغلاتهم كل ستة أشهر، أو كل سنة على حسب ما يرى، حتى يظهر أن كل واحد منهم هل أدى الأمانة فيما فوض إليه، أم خان، فإن أدى الأمانة قرره عليه، وإن خان استبدل غيره.

بلغنا أن عمر رضي الله عنه كان يحاسب الأمناء كل سنة، وكذلك يحاسب القوام على الأوقاف لما ذكرنا، ويقبل قولهم في مقدار ما حصل في أيديهم من الغلات والأجر، إلى الوصي، والقيم في ذلك على السواء، فإن الأصل في الشرع أن القول قول القابض في مقدار المقبوض، وفيما يصرف من الإنفاق على اليتيم، أو على الضيعة، وما صرف منها في مؤنات الأراضي إن كان وصيا، يقبل قوله في المحتمل، وإن كان قيما(١) لا يحتمل لا يقبل قوله، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله في «أدب القاضي»، وفرق بين الوصي وبين القيم، فالوصي من فوض إليه الحفظ والتصرف، والقيم من فوض إليه الحفظ دون التصرف، وإذا عرفت الفرق بين الوصي وبين القيم، فإذا ادعى الوصي الإنفاق، فقد ادعى ما دخل تحت ولايته، فيقبل قوله في المحتمل، وإذا ادعى القيم ذلك، فقد ادعى ما لم يدخل تحت ولايته، فلا يقبل قوله.

وكثير من مشايخنا رحمهم الله سووا بين الوصي وبين القيم فيما يرجع إلى الضيعة صيانة، وقالوا: يقبل قول القيم في ذلك، كما يقبل قول الوصي، وقاسوا على قيم المسجد، أو واحد من أهل المسجد إذا اشترى للمسجد ما لا بد منه، نحو الحصير والحشيش والدهن، أو صرف شيئا من غلات المسجد إلى أجر الخادم، لا يضمن لكونه مأذونا فيه دلالة، فإنه لو لم يفعل ذلك يتعطل المسجد، كذا هنا، ومشايخ زماننا رحمهم الله، قالوا: لا فرق بين الوصي والقيم في زماننا، فالقيم في زماننا من فوض إليه التصرف والحفظ جميعا كالوصي.

فإن ـ وإن اتهم القاضي واحدا منهم يريد به واحدا من الأوصياء فيما ادعى من

---

(١) هكذا في النسخ، وفي الأصل: «فيما» مكان «قيما».

الإنفاق على اليتيم ، أو على الوقف حلفه القاضي على ذلك ، وإن كان أمينًا كالمودع إذا ادعى هلاك الوديعة وردها .

قال بعض مشايخنا رحمهم الله : إنما يحلف إذا ادعى عليه شيئًا معلومًا ؛ لأن الاستحلاف يصح على دعوى صحيحة ، ودعوى المجهول لا تصح ، وقال بعضهم : يحلف على كل حال ؛ لأنه إنما يحلف نظرًا لليتيم ، واحتياطًا له ، وفي مثله يستحلف على كل حال .

وإن أخبروا أنهم أنفقوا على الضيعة واليتيم من أنزال الأراضي والغلات كذا ، وبقي في أيدينا[1] له هذا القدر ، فمن كان منهم معروفًا بالأمانة ، فالقاضي يقبل منه الإجمال ، ولا يجبره على التفسير ؛ لأنه لو أجبره على التفسير ربما لا يمكنه الخروج عن العهدة مع صدقه في الأخبار ، والإنسان قد يعجز عن حفظ حسابه ، وعن الخروج منها فيتضرر ، وليس للقاضي ولاية الإضرار بالغير ، ومن كان منهم متهمًا ، فالقاضي يجبرهم على التفسير شيئًا فشيئًا ، ولا يقبل منه الإجمال ، وليس تفسير الجبر[2] ههنا الحبس ، وإنما تفسيره أن يحضره القاضي يومين أو ثلاثة ، ويخوفه ويهدده إن لم يفسر احتياطًا في حق اليتيم ، فإن فعل ذلك ، ومع هذا لم يفسر ، فالقاضي يكتفي منه باليمين[3] ويتركه .

١٤٣١٦ - قال : وإذا قال الوصي للقاضي المقلد : إن القاضي المعزول حاسبني ، فالقاضي المقلد لا يكتفي منه إلا بالبينة ؛ لأنه يدعي بطلان حق المحاسبة على القاضي ، فلا يصدق عليه إلا بحجة ، وإن قال الوصي أو القيم : أنفقت على اليتيم ، أو قال : أنفقت كذا من مالي ، وأراد أن يرجع بذلك في مال اليتيم والوقف ، لا يقبل قوله ، بخلاف ما إذا ادعى الإنفاق من مال اليتيم ، أو من مال الوقف حيث يقبل قوله في المحتمل ؛ لأنه أمين فيما في يده من مال اليتيم والوقف ، ويدعي الخروج عن عهدة الأمانة بدعوى الإنفاق من غير أن يثبت لنفسه استحقاق شيء ، وقول الأمين في مثل هذا مقبول ، فأما إذا ادعى الإنفاق من مال نفسه ، فما ادعى الخروج عن عهدة الأمانة ، بل ادعى الاستحقاق لنفسه

(١) وفي الأصل : أيدينا كذا هذا القدر .

(٢) وفي الأصل وم : الجبر .

(٣) هكذا في م وكذا في الأصل : باليمين وفي ظ : بالتعيير

## الفصل التاسع عشر
## في القضاء في المجتهدات

١٤٣٦٩ - قال في "أدب القاضي": وما اختلف فيه الفقهاء، وقضى فيه قاض بمذهبه، ثم رفع إلى قاض آخر يرى خلاف ذلك أمضى قضاء القاضي الأول، ولا ينقضه، ولو نقضه كان باطلا

والأصل فيه ما روي أنه لما انتهت الخلافة إلى علي رضي الله عنه رفع إليه قضايا عمر، وقضايا عثمان رضي الله عنهما، وطلب منه نقضها؛ لأن رأي علي رضي الله عنه في تلك القضايا كان بخلاف ذلك، فلم ينقض علي رضي الله عنه شيئا من ذلك، وحين قدم الكوفة قام خطيبا، وقال: إني لم أقدم عليكم لأحل عقدة عقدها عمر، ولا أعقد عقدة حلها عمر رضي الله عنه، والمعنى في ذلك أن قضاء القاضي في موضع الاجتهاد نافذ بالإجماع، فكان القضاء الثاني بنقض الأول مخالفا للإجماع، ومخالف الإجماع ضلال وباطل.

ولأن القضاء إذا حصل في موضع الاجتهاد، فقد ترجح الجانب الذي اتصل به القضاء، فلا يعارضه الجانب الآخر؛ ولأنه لو جاز للثاني نقض الأول يجوز للثالث نقض الثاني إذا كان رأيه بخلافه، وكذا للرابع والخامس إلى ما لا يتناهى، وليس في أحكام الله تعالى ما لا يتناهى.

١٤٣٧٠ - واعلم بأن قضاء القضاة التي ترفع إلى قاض آخر لا تخلو إما أن يكون جورا بخلاف الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو يكون في محل الاجتهاد اجتهد فيه الفقهاء، واختلف فيه العلماء، أو يكون بقول مهجور، فإن كان في محل الاجتهاد، فحكمه ما ذكرنا، وإن كان جورا، فالقاضي الذي رفع إليه لا ينفذه وينقضه، ولو نفذه كان لقاض آخر أن يبطله؛ لأن ما يخالف الكتاب، والسنة، والإجماع باطل، ولا يجوز تقرير الباطل والضلال.

وإن كان قولاً مهجوراً، فالقاضي الذي يرفع إليه يمضيه، ولا يبطله، ولو نقضه كان للقاضي الآخر بعد ذلك أن يبطله، وسيأتي بعد هذا بيانه - إن شاء الله تعالى - ، بعد هذا يحتاج إلى بيان محل الاجتهاد.

(٤٣٢١) - قال ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: كل أمر جاء عن النبي ﷺ أنه فعله، وجاء عنه غير ذلك الفعل، أو جاء عن أحد من أصحاب النبي ﷺ، وجاء عن ذلك الرجل، أو غيره من الصحابة خلافه، وعمل الناس بأحد الأمرين دون الآخر، ثم عمل بأحد القولين، ولم يعمل بالآخر، ولم يحكم به أحد، فهو متروك منسوخ، فإن حكم به حاكم من أهل زماننا لم يجز، أشار إلى أنه وإن قضى بالنص، لكن ثبت بإجماع الأمة نسخه حيث لم يعمل به أحد من الأمة، والعمل بالمنسوخ باطل غير جائز.

قال: وما كثر من ذلك ما اختلف فيه الناس، فحكم به حاكم من حكام أهل الأمصار، فأخذ بعضهم بقول واحد، وبعضهم بقول الآخر، يعني بعض الحكام أشار إلى أن بمجرد خلاف بعض العلماء لا يصير المحل محل الاجتهاد ما لم يعتبروا خلافه، ويسوغوا له الاجتهاد فيه، ألا ترى أن عبد الله بن عباس رضي الله عنه كان من الفقهاء(١)، ثم إنا لم يسوغوا الاجتهاد له في ربا(٢) النقد حتى أنكر عليه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه لم يعتبر خلافه على ما بينا قبل هذا.

ثم قوله: وما كثر من ذلك ما اختلف فيه الناس، يشير إلى أن العبرة لحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهداً فيه، وفي بعض المواضع يشير إلى أن العبرة لاشتباه الدليل لا لحقيقة الاختلاف.

وفي «المنتقى» مسائل كثيرة تدل على أن العبرة لاشتباه الدليل، وهكذا ذكر محمد رحمه الله في «السير الكبير» في أبواب الأنفال، وسيأتي بيان ذلك بعد هذا - إن شاء الله تعالى - ثم إن الخصاف رحمه الله لم يعتبر الخلاف بين مالك والشافعي رحمهما الله، وإنما اعتبر الخلاف بين المتقدمين، والمراد من المتقدمين الصحابة ومن معهم ومن بعدهم من السلف.

(١) في ج: من فقهاء الصحابة.
(٢) في الأصل: [illegible]

١٤٣٢٢ - قال صاحب الأقضية : وإذا زنى رجل بأم امرأته، ولم يدخل بها، فجاء القاضي، ورأى أن لا يحرّمها عليه، فأقرها معه، وقضى بذلك نفذ قضاءه ؛ لأنه قضى في فصل مجتهد فيه، فإن بين الصحابة رضي الله عنه اختلافًا في هذه الصورة، فعلي وابن مسعود وعمران بن الحصين وأبي بن كعب رضي الله عنهم قالوا : بالحرمة، وابن عباس رضي الله عنه كان لا يقول : بالحرمة، وكان يقول الحرام لا يحرّم الحلال، وربما كان يرويه مرفوعًا إلى رسول الله ﷺ، ثم نفاذ هذا القضاء في حق هذا المقضي عليه متفق عليه، وفي حق المقضي له إن كان جاهلًا، فكذلك وإن كان عالمًا فعلى الخلاف الذي مرّ.

١٤٣٢٣ - وذكر القدوري رحمه الله في شرحه : فيمن تزوج امرأة زنى بها أبوه أو ابنه، وقضى القاضي بنفاذ هذا النكاح، وفي نفاذ هذا القضاء خلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله : لا ينفذ قضاءه ؛ لأن الحادثة منصوص عليها في الكتاب، فإن النكاح في اللغة : الوطء، ولا ينفذ حكم الحاكم على خلاف النص، وعلى قول محمد رحمه الله : ينفذ ؛ لأن هذا النص ظاهر، وللتأويل فيه مساغ، وحديث ابن عباس رضي الله عنهما على ما روينا يؤيده، فكان محل الاجتهاد، فينفذ قضاءه فيه.

١٤٣٢٤ - وإذا خيّر الرجل امرأته، فاختارت زوجها، أو اختارت نفسها، فهذه المسألة كانت مختلفة في الصدر الأول، فعلى قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما إن اختارت زوجها، فهي امرأته، وإن اختارت نفسها، فهي تطليقة بائنة، وعلى قول زيد ابن ثابت رضي الله عنه إن اختارت زوجها، فهي امرأته، وإن اختارت نفسها، فهي ثلاث تطليقات، وعلى قول علي رضي الله عنه إذا اختارت زوجها، فهي تطليقة رجعية، وإن اختارت نفسها بائنة، وعلى قول أهل المدينة : إن اختارت زوجها فقد بانت منه، وإذا كانت المسألة مختلفة في الصدر الأول من هذا الوجه، فبأي قول من هذه الأقوال قضى كان قضاءه في فصل مجتهد فيه فينفذ.

١٤٣٢٥ - وإذا قضى القاضي بجواز بيع أمهات الأولاد لا ينفذ قضاءه، واعلم بأن جواز بيع أمهات الأولاد مختلف فيه في الصدر الأول، فعمر وعلي رضي الله عنهما أولا

كان لا يجوز أن بيعها، وهكذا رُوي عن عائشة رضي الله عنها، وقال علي رضي الله عنه آخراً: يجوز بيعها، ثم أجمع المتأخرون على أنه لا يجوز بيعها، وتركوا قول علي آخراً بجواز بيعها بعد هذا.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: ما ذكر في الكتاب: أنه لا ينفذ قضاءه قول محمد رحمه الله، أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. ينبغي أن ينفذ فكأنه مال إلى قول من قال: إن المتقدمين إذا اختلفوا في شيء على قولين، ثم اجمع من بعدهم على أحد القولين، فهذا الإجماع هل يرفع الخلاف المتقدم؟ عند محمد: يرفع خلافًا لأبي حنيفة وأبي يوسف، وإذا ارتفع الخلاف المتقدم، على قول محمد رحمه الله: لم يكن قضاء هذا القاضي في فصل مجتهد[1] فيه، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إذا لم يرتفع الخلاف المتقدم، كان هذا قضاء في فصل مجتهد فيه، فينفذ.

هما يقولان: لو ثبت الإجماع باتفاق من بعدهم لا بد من تضليل المخالف، لأن مخالفة الإجماع ضلال، وتضليل بعض الصحابة، أو بعض السلف محال.

توضيحه: أن المخالف لو كان حيًا لا ينعقد الإجماع مع مخالفته فكذا إذا مات؛ لأن بالموت فات المستدل لا الدليل، والمانع الدليل دون المستدل، والدليل قائم، فيمنع انعقاد الإجماع.

ومحمد رحمه الله يقول: بأن ما هو حد الإجماع قد وُجد هنا، والدليل المقتضي لكون الإجماع حجة لا يوجب الفصل بينما إذا سبقه مخالف، وبينما إذا لم يسبقه مخالف، ألا ترى أنه لو اجتمع علماء عصر على حكم واحد، وانعقد إجماعهم على ذلك، ثم اجتمع أهل عصر بعدهم على خلاف ذلك يصح، وانفسخ الأول بالثاني، كأنه ورد آية مضادة بحكم آية قبلها، ثم قول الكل لما لم يصلح مانعًا انعقاد الإجماع، فقول الواحد أولى أن لا يكون مانعًا، وقولهما: بأنه يؤدي إلى تضليل بعض السلف، قلنا كذلك؛ لأن الإجماع إنما انعقد الآن، والتضليل في مخالفة الإجماع، فإذا انعقد الإجماع لا تتحقق المخالفة، فلا يؤدي إلى الإضلال.

(١) وفي م: في محل مجتهد

وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله يقول: لا خلاف (١) بين أصحابنا رحمهم الله أن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم؛ لأن حد الإجماع قد وجد، والدليل الموجب لكون الإجماع حجة لا يوجب الفصل، فكان هذا القضاء في غير محل الاجتهاد، فلا ينفذ عند الكل، فكان ما ذكر في الكتاب أنه لا ينفذ قضاء قول الكل، وما يقول بأنه يؤدي إلى تضليل بعض السلف، قلنا: لا يؤدي، لأنا نجعل هذا الإجماع بمنزلة البيان أن ما أدى إليه اجتهاد المخالف في الصدر الأول تبدل الآن، وصار بمنزلة ما لو كان حيا، وتحول رأيه إلى خلاف ذلك، وإنما حملنا على هذا حملا لأمر المسلمين على إجماعهم على ما يحل بهم، وعلى تغير الحق والصواب في قولهم، وصيانة لهم عن تضليل من كان قبلهم.

قال القاضي الإمام الكبير أبو زيد رحمه الله في تقويمه في آخر فصول الإجماع: أن محمدا رحمه الله روي عنه أنه لا ينفذ القضاء بجواز بيع أم الولد، وعن أبي يوسف رحمه الله في "النوازل": أنه لا ينفذ القضاء، وذكر الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي": أنه لا ينفذ القضاء من غير ذكر خلاف، وفي الباب الأول من أقضية "الجامع الكبير": أن قضاء القاضي بجواز بيع أم الولد يتوقف على إمضاء قاض آخر، وهو الأصح. والوجه في ذلك أن العلماء اختلفوا على أن بيع أم الولد، هل بقي مختلفا فيه؟

قال أصحابنا رحمهم الله: لم يبق مختلفا فيه، كما ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: أن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم، ومن العلماء من قال: لا يرفع، تبقى مختلفا، فكان في كونه مختلفا فيه اختلاف، فيتوقف على إمضاء قاض آخر، فإن أمضاه قاض آخر بعده، لا يكون لأحد بعد ذلك إبطاله، وإن أبطل قاض آخر بطل، ولا يكون لأحد بعد ذلك إمضاؤه، وكذلك هذا الحكم في كل حادثة اختلف الناس فيها أنها مختلفة، أو ليس بمختلفة أن قضاء القاضي فيها يتوقف على إمضاء قاض آخر إن أمضاه قاض آخر، ينفذ، وليس لأحد بعد ذلك إبطاله، وإن أبطله قاض آخر، بطل، وليس لأحد بعد ذلك إمضاؤه.

١٤٣٢٦ - وفي "الزيادات": لو أن المسلمين أسروا أسارى من أهل الحرب

---

(١) وفي الأصل: بقول: الاختلاف.

وأحرزوهم بدار الإسلام ، ثم ظهر عليهم المشركون ، ولم يحرزوهم بدار الحرب حتى ظهر عليهم قوم آخرون من المسلمين ، وأخذوهم من أيديهم في دار الإسلام ، فإنهم يردون على الفريق الأول اقتسم الفريق الثاني أو لم يقتسموا ؛ لأنه لم يثبت للكفار فيهم ملك ، ولا حق ما داموا في دار الإسلام لبقاءهم في أيدي الفريق الأول من حيث الحكم والاعتبار ، فصار أخذ الفريق الثاني من الكفار في دار الإسلام كأخذهم من الفريق الأول ، فيردون على الفريق الأول .

قال في الكتاب : إلا أن يكون الذي قسم بين الفريق الثاني إمام يرى ما صنع المشركون تملكًا وإحرازًا ، فحينئذ كان الفريق الثاني أولى على قال ، فقال : لأن هذا مما يختلف فيه الفقهاء ، ومعناه أن العلماء اختلفوا في أن مجرد الاستيلاء هل هو سبب للملك ؟ فإذا رأى الإمام نفس الاستيلاء من الكفار تمليكًا ، وقسم بين الفريق الثاني بناء على ذلك ، حصل قسمته في محل مجتهد فيه ، فينفذ كقسمة الغنائم في دار الحرب .

١٤٣٢٧ - وذكر في « السير الكبير » : إذا استولى المشركون على مال المسلمين ، وأحرزوه بعسكرهم في دار الإسلام ، ثم استنقذه منهم جيش من المسلمين قبل الإحراز بدار الحرب ، فذلك مردود على صاحبه ، وكذلك لو لم يعلم الإمام بذلك حتى قسم المتاع بين من أصابه ، فالقسمة باطلة ، والمال وهو المتاع مردود على صاحبه ، وإن علم الإمام بالحال ، ورأى إحرازهم بالعسكر إحرازًا تامًا[1] ، فخمسه وقسمه مع غنائم المشركين بين من أصابه من المسلمين ، ثم رفع[2] إلى قاضي يرى ذلك غير إحراز ، أجاز ما صنع الأول ، ولم يبطله ؛ لأن هذا مما يختلف فيه الفقهاء ، ومعناه ما ذكرنا .

فإن قيل : كيف يستقيم هذا ، ومن قال : بأن نفس الاستيلاء يثبت الملك ، وهو الشافعي لا يجعل مال المسلمين محلا لتمليك الكفار بالاستيلاء ، ومن قال : بأن مال

(١) في م : إحرازًا بإمام .

(٢) وفي الأصل : ثم رفع إلى قاضي يرى ذلك غير إحراز ، وهو الشافعي لا يجعل مال المسلمين محلا لتمليك الكفار بالاستيلاء ، جاز ما صنع الأول ، ولم يبطل ؛ لأن هذا مما يختلف فيه الفقهاء ، ومعناه ما ذكرنا ، فإن قيل : كيف يستقيم هذا . . . إلخ هذه العبارة غير مربوطة - فافهم - .

المسلمين محل لتملك الكفار بالاستيلاء، وهم أصحابنا ما جعلوا(١) مجرد الاستيلاء سبباً؟

قلنا: كون مال المسلمين محلاً لتملك(٢) الكفار بالاستيلاء مختلف فيه، وكون مجرد الاستيلاء سبباً مختلف فيه أيضاً، فالإمام في هذه المسألة أخذ بقول من قال: بأن مال المسلمين محل لتملك الكفار بالاستيلاء، وبقول من قال بأن مجرد الاستيلاء سبب للملك، فكان اجتهاده من الطرفين مصادفاً محلاً مجتهداً فيه، ونظير هذا ما قلنا فيمن قضى بشهادة الفساق على الغائب أو بشهادة رجل وامرأتين بالنكاح على الغائب ينفذ قضاؤه، وإن كان من يجوّز القضاء على الغائب يقول: ليس للنسوان شهادة في باب النكاح، وليس للفساق شهادة أصلاً، ولكن قيل: كل واحد من الفصلين مجتهد فيه، فينفذ القضاء من القاضي باجتهاده فيهما، وكذا في مسألتنا، والنص فيه أن للمجتهد يتبع الدلائل لا القائلين، ثم ما ذكر في الزيادات وفي السير الكبير نص على أن قضاء القاضي بالملك للكافر(٣) بمجرد الاستيلاء قبل الإحراز بدار الحرب نافذ، قيل. وقد ذكر في سير الجامع الكبير(٤): أنه لا ينفذ؛ لأنه لم يثبت فيه اختلاف المتقدمين.

١٤٢٢٨ - قال: ولو قضى قاض بشاهد ويمين لا ينفذ قضاؤه، قال: لأنه خلاف التنزيل، وعن الزهري رحمه الله أنه بدعة، وأول من قضى به معاوية، وإنما قال بأنه خلاف التنزيل؛ لأن ظاهر قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾(٥) الآية، يقتضي أن يكون حجة الاستحقاق من جانب المدعي شهادة رجلين، أو شهادة رجل وامرأتين، فمن جعل الحجة شهادة شاهد واحد ويمين المدعي، فقد خالف النص، وإنما قال الزهري: إنه بدعة؛ لأنه لم يعمل به أحد من الصحابة رضي الله عنهم، وإنما أحدثه معاوية، فكان بدعة منه.

---

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ: جعلوا.

(٢) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ: لتملك.

(٣) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل: للكفار.

(٤) وفي الأصل وم: سير الكبير.

(٥) سورة البقرة، الآية ٢٨٢.

وذكر في كتاب "الاستحلاف" أن على قول أبي حنيفة رحمه الله وسفيان الثوري : ينفذ قضاءه؛ لما روي عن رسول الله ﷺ: "أنه قضى بشاهد ويمين الطالب"[1]، وقد أخذ به بعض العلماء رحمهم الله، فكان قضاء في فصل مجتهد فيه، فينفذ وعلى قول أبي يوسف رحمه الله : لا ينفذ؛ لأنه خلاف التنزيل.

وفي "أقضية الجامع" من تعليقي : أن القضاء بشاهد ويمين يتوقف على إمضاء قاض آخر، ولو قضى بحل متروك التسمية عمداً، ذكر في "النوادر" : أن على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله : ينفذ قضاءه، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله : لا ينفذ؛ لأنه خلاف التنزيل.

١٤٣٢٩- ولو قضى في حد أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين، ثم رفع إلى قاض آخر يرى خلاف رأيه، فإنه ينفذ قضاءه، ولا يبطله.

وليس طريق نفاذ قضاء الأول في هذه الصورة حصوله في محل مجتهد فيه؛ لأنه لم يبلغنا الاختلاف فيه إلا ما روي شاذاً عن شريح رضي الله عنه، وإنما طريقه أن القضاء الأول حصل في موضع اشتباه الدليل، بيانه : أن المرأة من أهل الشهادة شهادة مطلقة؛ لأن الأهلية لمعان قائمة بها، وتلك المعاني لا تختلف، وظاهر قوله تعالى : ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ﴾[2] يدل على قبول شهادة النساء مع الرجال مطلقاً، نظراً إلى اللفظ، وأنه وإن ورد في باب المداينة إلا أن العبرة عندنا لعموم اللفظ لا لخصوص السبب.

ولم يرد نص قاطع في إبطال شهادة النساء مع الرجال في هذه الصورة.

وما روي عن الزهري وهو قوله : مضت السنة الحديث، ليس بدليل قطعي، فكان موضع اشتباه الدليل، وكان موضع الاجتهاد، فكان قضاءه في فصل مجتهد فيه.

١٤٣٣٠- وفي "السير الكبير" : اشترى الرجل دابة وغزى عليها، فوجد بها في دار الحرب عيباً، فإن كان البائع معه في العسكر خاصمه، وإن لم يكن ينبغي له أن لا

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٢٢٢٤، ١/٢٤٨)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٩٠٩٤-٦/٥٣)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/١٤٥)، والشافعي في المسند (١/٥٠٠)، والدارقطني في سننه (٣٢، ٣٣٥)، والبيهقي في الكبرى (٢٠٠٢٧)، وأبو عوانة في مسنده (٦٠١٧)، وابن الجارود في المنتقى (١٠٠٦، ١٠٠٧ و١٠٠٨).

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

يركبها، ولكن يسوقها معه حتى يخرجها إلى دار الإسلام، ولو ركبها لحاجة نفسه، أو حمل أمتعته عليها، سقط حقه في الرد، وجد دابة أخرى أو لم يجد. فإن أتى الإمام، وأخبره فأمره بالركوب، فركب سقط حقه في الرد، ولو أكره على الركوب؛ لما أنه كان يخاف عليه الهلاك، فركب، ولم ينقصها ركوبه، فله الرد؛ لأنه عند الإكراه ينعدم الفعل من المكره، وينعدم الرضا به.

وإن لم يكره الإمام على الركوب، ولكن قال: اركبها وأنت على ردك، فركبها سقط حقه في الرد. فإن ارتفعا إلى قاضٍ بعد ذلك، فردها بالعيب على طريق الاجتهاد لما قال له الأمير من ذلك، ثم رفعت إلى قاضٍ آخر، يرى ما صنع الأول خطأ، فإنه يمضي قضاء الأول؛ لأن قضاء الأول حصل في موضع الاجتهاد؛ لأن ظاهر النصوص الموجبة لطاعة الأمير تخرج ركوبه من أن يكون رضاء بالعيب.

وكذلك التنصيص من الأمير بقوله: وأنت على ردك يسقط اعتبار دليل الرضا منه بالعيب؛ ولو قضى بإبطال طلاق المكره، نفذ قضاؤه؛ لأن قضاءه في فصل مجتهد؛ لأنه موضع اشتباه الدليل؛ لأن اعتبار الطلاق بسائر التصرفات ينفي حكمه.

١٤٢٣١- وإذا قضى قاضٍ بأمر مختلف فيه، ثم رفع إلى قاضٍ آخر، فأبطله، ثم رفع إلى قاضٍ ثالث، فهذا القاضي يمضي القضاء الأول، ويرد الثاني؛ لأن الأول نفذ بالإجماع لحصوله في فصل مجتهد فيه، فكان القضاء الثاني بالرد في غير محل الاجتهاد، فلا ينفذ ولو كان نفس القضاء الأول مجتهدًا فيه، بعض المشايخ رحمهم الله قالوا: هو مختلف فيه، وبعضهم قالوا: لا اختلاف فيه، فرده القاضي الثاني، فإن القاضي الثالث يمضي الرد؛ لأن القضاء بهذا له حصل في فصل مجتهد فيه.

١٤٢٣٢- وإذا قضى القاضي في فصل مجتهد فيه، وهو لا يعلم بذلك، اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، بعضهم قالوا: ينفذ قضاؤه، وإليه أشار محمد رحمه الله في كتاب الإكراه، وهكذا روى الخصاف عن أبي حنيفة رحمه الله، وعامتهم على أنه لا يجوز، وإليه أشار في السير الكبير، فقد ذكر في السير الكبير في أبواب الفداء: إذا مات الرجل، وترك رقيقًا، وعليه الديون، فباع القاضي رقيقه، وقضى ديونه، ثم قامت البينة لبعضهم أن مولاه كان دبره، كان بيع القاضي فيه باطلاً، ولو كان القاضي عالمًا

أبطله الثاني، فكأنه رأى قضاء الأول مخالفاً لظاهر الآية، فلهذا قال: أبطله الثاني.

وفي أقضية الجامع من تعليقي عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الله الخيزاخزي رحمه الله إذا قضى القاضي بشهادة المحدود في القذف بعد التوبة، ورفع قضاءه إلى قاضٍ آخر، إنما لا يبطل الثاني قضاء الأول إذا كان الأول يراه حقاً، وعلم الثاني أن الأول رآه حقاً، بأن أظهر الأول ذلك للثاني، أو لم يعرف الثاني أن الأول هل رآه حقاً أم لا؛ لأن الظاهر أن القاضي إنما يقضي بشيء إذا رأى ذلك حقاً. أما إذا علم الثاني أن الأول لم ير ذلك حقاً، بأن قال الأول: الصحيح قول ابن عباس رضي الله عنه أن شهادته لا تقبل، وإن تاب كان للثاني أن يبطله؛ لأنه تبين أن الأول ما كان قضى حيث قضى بخلاف رأيه، وسيأتي الكلام بعد هذا في القاضي يقضي بخلاف رأيه.

١٤٣٣٥ - ولو كان القاضي هو المحدود في القذف، فقضى لرجل بقضية، ثم رفع قضاءه إلى قاضٍ آخر، يرى ذلك باطلاً يرد قضاءه، ويجب أن يعلم بأن المحدود في القذف لا يصلح قاضياً قبل التوبة، ولا ينفذ قضاياه بالإجماع، فإذا رفع قضاياه إلى قاضٍ آخر، أبطله القاضي الثاني لا محالة، فلو نفذه القاضي الثاني، فالقاضي الثالث يبطله؛ لأن تنفيذ القاضي الثاني حصل بخلاف الإجماع، فكان باطلاً، فكان للثالث أن يبطله، وبعد التوبة لا يصلح قاضياً عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، فإن رفع قضاءه إلى قاضٍ آخر يرى بطلانه أبطله، فقد فرّق بين قضاء المحدود في القذف وبين القضاء بشهادة المحدود في القذف، فقال: القاضي إذا كان محدوداً في القذف، ورفع قضاياه إلى قاضٍ آخر يرى بطلانه أبطله.

وإذا قضى بشهادة المحدود في القذف، فرفع قضاءه إلى قاضٍ يرى بطلانه لا يبطله، والفرق أن قضاء المحدود في القذف نفسه مختلف فيه عندنا، لا يصلح قاضياً، وعند من خالفنا يصلح قاضياً، ونفس القضاء إذا كان مختلفاً يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر، فأما القضاء بشهادة المحدود في القذف نفسه ليس بمختلف، وإنما المختلف شهادة المحدود في القذف أنها هل تصلح حجة؟ فالقضاء بشهادة المحدود في القذف يكون حاصلاً في المختلف فيه، فينفذ. يوضح[1] ما قلنا: أن قضاء المحدود في القذف إذا كان

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل و ب: توضيح

عنه مخالفًا فيه لو نفذ كان القاضي ملزمًا قول نفسه، فيكون عاملاً لنفسه، والإنسان فيما يعمل لنفسه لا يصلح قاضيًا، فعلى قول من لا يرى ذلك قضاء: ينعدم صورة القضاء، ونفاذ القضاء من غير وجود صورته لا يكون، وأما القضاء بشهادة المحدود في القذف لو نفذ كان القاضي ملزمًا قول الشاهد، فيكون عاملاً لغيره لا لنفسه، فيوجد صورة القضاء فيمكن تنفيذه.

١٤٣٣٦- ولو رُفع قضاء القاضي المحدود في القذف إلى قاضٍ يرى جوازه فأمضاه، ثم رفع إلى قاضٍ آخر يرى بطلانه، فالقاضي الثالث يمضي إمضاء القاضي الثاني، ولا يبطل قضاء القاضي الأول؛ لأن إمضاء الثاني حصل في محل مجتهد فيه، فنفذ[1]، فلا يكون لأحد إبطاله.

قال في المنتقى: وإذا كان القاضي محدودًا في القذف لا يسعه أن يقضي على وجه الحكم، ولكن ينزع المغصوب من يد الغاصب، ويدفع إلى الطالب بمنزلة من ليس بقاضٍ، فيكون معينًا للطالب، واستشهد صاحب الأقضية لإيضاح الفرق بين قضاء القاضي المحدود في القذف، وبين القضاء بشهادة المحدود في القذف، فقال: ألا ترى أن القاضي لو قضى للزوج بشهادة زوجته ينفذ قضاؤه لوجود صورة القضاء، ومصادفته محلاً مجتهدًا فيه؛ لأن هذا مجتهد فيه أن الزوج هل يصلح شاهدًا لزوجته، وعلي رضي الله عنه كان يرى ذلك، ولو قضى لامرأة نفسه بشهادة شهود لا يجوز لانعدام صورة القضاء لكونه عاملاً لنفسه، بل يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر، كذا هنا.

١٤٣٣٧- ولو أن قاضيًا قضى بشهادة شاهدين، ثم علم أنهما كافران، رد قضاءه إذ ظهر أن قضاءه وقع بخلاف الإجماع، وإن علم أنهما عبدان، فكذلك الجواب، وأنه مشكل؛ لأن شريحًا رضي الله عنه كان يجوز شهادة العبيد، وكذا عثمان البتي وداود ابن علي، والجواب أن الصحابة أجمعوا على عدم قبول شهادة العبيد، فإن عليًا وزيد بن ثابت رضي الله عنهما اختلفا في المكاتب إذا أدى بعض بدل الكتابة، هل يعتق بقدره؟ قال علي رضي الله عنه: يعتق، فاحتج عليه زيد بفصل الشهادة، فقال: أرأيت لو شهد يجوز شهادته في البعض دون البعض، فلولا أنهم كانوا متفقين على عدم قبول شهادة

---

(١) وفي الأصل: ينفذ.

العبيد، وإلا لما احتج زيد بفصل الشهادة.

وقول بعض المتأخرين بخلاف إجماع الصحابة رضي الله عنهم: لا يعتبر، ولا تصير الحادثة به مجتهداً فيه، بخلاف شهادة المحدود في القذف؛ لأنه كان مختلفاً بين السلف، ولو علم أنهما أعميان، فقد ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح كتاب الرجوع: أن الجواب فيهما كالجواب في المحدودين في القذف، وذكر شيخ الإسلام: أن الجواب فيهما كالجواب في العبدين، وظاهر ما ذكر في المختصر يدل عليه.

١٤٣٣٨-عبدٌ، أو صبيٌّ، أو نصراني استقضي، وقضى بقضية، ثم رفع قضاءه إلى قاضي آخر، فأمضاه، فإنه لا يجوز إمضاءه، وهذا الجواب ظاهر في حق الصبي والنصراني، مشكل في حق العبد، بناء على ما ذكرنا أن القضاء معتبر بالشهادة، والصبي لا يصلح شاهداً أصلاً، والنصراني لا يصلح شاهداً في حق المسلمين، فلا يصلح قاضياً، فأما العبد يصلح شاهداً عند مالك وشريح رضي الله عنهما، فيصلح قاضياً، فإذا اتصل به إمضاء قاضي آخر، ينبغي أن ينفذ كما في المحدود في القذف، والجواب ما ذكرنا.

١٤٣٣٩-ولو أن أعمى قضى بقضية، ورفع إلى قاضي آخر، فأمضاه ينفذ قضاءه؛ لأن في أهلية شهادته خلاف ظاهر إن كان بصيراً وقت التحمل، فالخلاف بين أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وبين أبي يوسف رحمه الله، وإن كان أعمى وقت التحمل، فالخلاف بيننا وبين مالك، وقد اعتبر خلافه؛ لأن الموضع موضع اشتباه الدليل؛ لأن التميز شرط في الشهادة، فمالك اعتبر أصل التميز، وقد وجد ونحن اعتبرنا كمال التميز، ولم يوجد، وهذا مما يشتبه، وللاجتهاد فيه مجال، وليس فيه إجماع السلف بخلافه، بخلاف فصل العبد على ما مرّ.

ولو رُفع قضاءه إلى قاضي لا يرى جواز قضاءه أبطله؛ لأن نفس القضاء مجتهد فيه؛ لأن الخلاف في أهلية شهادته خلاف في أهلية قضاءه، ثم قال: ولو رفع قضاءه إلى قاضي يرى شهادته بقضاءه جائزاً، ولا يدري[1] أنه هل يرى ذلك، فأنفذ حكمه، ثم رفع إلى قاضي يرى ذلك باطلاً، فليس له أن يبطله؛ لأن إمضاءه حصل في محل مجتهد فيه، ثم سوّى بينما إذا كان شهادته يرى جائزة وبينما إذا كان لا يدري؛ لأنه إذا كان لا

---

(1) وفي "م": إذ لا يدري.

أبي حنيفة رحمه الله بطريق الرخصة، وعندهما بطريق العزيمة، ثم قال: وفي ذلك أحسن فهو حسن، فإن كان الخلاف في جواز الأخذ برأي الغير، فوجه قول من قال بالجواز أن القاضي أمر بالمشاورة، فوجب أن يجوز له الأخذ برأي غيره إذا كان مخالفاً لرأيه، لم يكن للأمر بالمشاورة فائدة.

ووجه قول من قال بعدم الجواز قوله تعالى: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم﴾ (1) الله تعالى نهى القاضي عن اتباع هوى الغير، والأخذ برأي الغير إذا كان مخالفاً لرأيه اتباع هوى الغير، وإن كان الخلاف في نفاذ القضاء، فوجه قول من قال بعدم النفاذ أنه زعم فساد قضائه، فيعمل في حقه بزعمه.

ووجه قول من قال بالنفاذ أنه قضى في محل الاجتهاد، فينفذ قضاؤه كما لو قضى برأي نفسه، وهذا لأن القضاء إنما يرد لمكان الخطأ، ولا يستيقن بالخطأ في موضع الاجتهاد؛ لأن كل مجتهد لا يقطع القول بأن الصواب ما أدى إليه اجتهاده، لا ما أدى (2) إليه اجتهاد خصمه، بل الأمر محتمل عنده، فإذا كان الأمر محتملاً عنده، يجعل الصواب في الجانب الذي يتصل به القضاء حملاً لأمره على الصلاح فينفذ.

١٤٥٤٣- وفي «مجموع النوازل»: إذا قضى على الغائب وهو لا يرى ذلك، لا ينفذ عند محمد رحمه الله، وذكر هذه المسألة في «فتاوى الفضلي»، وذكر أنه ينفذ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وكان القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي رحمه الله يفتي بعدم نفاذ القضاء في هذه الصورة، وكان الصدر الشهيد رحمه الله يفتي بنفاذ القضاء، وكان الشيخ الإمام ظهير الدين رحمه الله يفتي بالنفاذ أيضاً، ومما يتصل بهذه المسألة: ما قال مشايخنا في تقليدهم شفعوي المذهب في اليمين المضافة، وبيع المدبر، وأشباه ذلك إن كان التقليد ليحكم ببطلان اليمين، وبجواز بيع المدبر كانت المسألة على الاختلاف، وكان جواز حكم الشفعوي على الخلاف، كما لو فعل العقد بنفسه ذلك، وإن كان التقليد ليحكم بما يرى كان جواز الحكم من الشفعوي بالاتفاق، ألا ترى أن السلف كانوا يتقلدون الأعمال والقضاء من الحكام العباسية، وينفذون ما يحكمون به

(1) سورة المائدة: الآية ٤٩.

(2) في الأصل: «ولا ما أدى».

على آرائهم نفذ، وإن كان ذلك مخالفا لرأي الخلفاء؛ لأن منهم في المسائل خلاف ابن عباس رضي الله عنه.

١٤٢٤٣ - وإذا قضى القاضي بقتل في قسامة لا ينفذ قضاؤه.

وصورته: قتيل وجد في محلة، وادعى أولياء القتيل على رجل أنه قتله، قال بعض العلماء رحمهم الله وهو مالك والشافعي رحمهما الله في القديم: إذا كان بين المدعى عليه وبين القتيل عداوة ظاهرة، ولا يعرف له عداوة مع غير المدعى عليه وبين دخوله في المحلة، ووجوده قتيلا مدة قريبة، فالقاضي يحلف ولي القتيل على دعواه، فإذا حلف قضى له بالقصاص، وعندنا فيه الدية والقسامة، فهذا هو صورة هذه المسألة، وإنما لم ينفذ القضاء؛ لأنه خلاف السنة، وخلاف إجماع الصحابة رضي الله عنهم.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه ينفذ القضاء، ولكن إذا رفع إلى قاض آخر أبطله إذا لم يستوف القود؛ لما ذكرنا أنه خلاف السنة، وخلاف إجماع الصحابة رضي الله عنهم، وأول من قضى به معاوية، وقد ردوا عليه، فلهذا كان للثاني أن يبطله.

ولو قضى قاض بجواز بيع الدرهم بالدرهمين لا يجوز، وقد مر هذا، وكذلك لو قضى قاض بجواز متعة النساء لا يجوز، وصورته إذا قال الرجل لامرأة: أتمتع بك إلى كذا، وقال: شهرا[1]، أو ما أشبه ذلك، وإنما قلنا: لا يجوز القضاء بجوازها؛ لأنها منسوخة، قالت عائشة رضي الله عنها: نسختها آية الطلاق، وقيل: نسختها السنة، وقيل: إجماع الصحابة رضي الله عنهم، وابن عباس رضي الله عنه، وإن قال بجوازها إلا أن قوله بخلاف الكتاب والسنة لا يعتبر كيف، وقد صح رجوعه عنه. وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجوز قضاؤه، وهكذا روى خالد عن محمد عن أبي حنيفة رحمهم الله، ولو كان مكان لفظ المتعة لفظ التزويج، بأن قال الرجل لامرأة: تزوجتك إلى كذا، فقضى قاض بجواز هذا النكاح، وأبطل الأجل جاز قضاؤه؛ لأنه محل الاجتهاد، فإن عند زفر رحمه الله هذا النكاح صحيح، واشتراط الأجل باطل، وهذا لأن اشتراط الأجل شرط فاسد، والنكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة.

وعن أبي يوسف رحمه الله برواية بشر: أنه لا يجوز قضاؤه في هذه الصورة أيضا،

(١) وفي الأصل: إلى كذا، ثم قال: شهرا.

وإذا نسي القاضي مذهبه، فقضى بمذهب غيره، قال أبو حنيفة رحمه الله: ينفذ القضاء، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا ينفذ، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي"، وهكذا ذكر في العيون في آخر "أدب القاضي"، وهكذا ذكر القاضي أبو علي النسفي رحمه الله.

١٤٣٤٤ - وصورة ما ذكره القاضي أبو علي النسفي رحمه الله: إذا نسي القاضي رأيه، وقضى برأي غيره، ثم تذكر رأيه، قال أبو حنيفة رحمه الله: يأخذ برأيه في المستقبل، ولا يبطل ذلك القضاء، وقال أبو يوسف رحمه الله: يبطله، وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمهما الله قول محمد مع أبي يوسف رحمهما الله، وجعل القاضي الإمام ركن الإسلام هذا هذه المسألة فرعًا لمسألة تقدم ذكرها، وهو ما إذا قضى القاضي بمذهب غيره، وهو عالم بمذهب نفسه، وذكر أن تلك المسألة على الخلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه، كذا هذه، ولو أن قاضيًا قضى بخلاص في دار استحقت من يدي المشتري، وأخذ الضامن بدار مثلها، ثم رفع إلى قاضي آخر، أبطله، وصورة المسألة: رجل باع دارًا له، وضمن البائع للمشتري الخلاص، أو ضمن أجنبي له الخلاص، وتفسيره أن يقول الضامن للمشتري: إن استحقت الدار المشتراة من يدك، فأنا ضامن لك استخلاص الدار، أحتال حتى أستخلص ذلك الدار بالبيع أو بالهبة، وأسلمها إليك، فهذا الضمان باطل عندنا؛ لأنه ضمن ما يعجز عن الوفاء به، وعند بعض الناس يصح هذا الضمان، وهذا القول لا يستند إلى قياس صحيح، وقد استنكره المتقدمون، فقد قال شريح: من شرط الخلاص، فهو أحمق، سلّم ما بعت وخُذ ما اشتريت، ولا خلاص، وإذ قضى قاض بجواز هذا الضمان، فقد قضى بما هو باطل.

ثم ما ذكرنا من تفسير ضمان الخلاص قول أبي حنيفة رحمه الله، وهو اختيار صاحب "كتاب الأقضية"، فأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تفسير ضمان الخلاص والعُهدة والدرك واحد، وهو الرجوع بالثمن عند الاستحقاق، وعند أبي حنيفة رحمه الله تفسير ضمان الخلاص ما ذكرنا، وتفسير ضمان الدرك ما قالا، وتفسير ضمان العهدة ضمان الصك القديم الذي عند البائع، ثم عندهما تفسير هذه الأشياء إذا كان واحدًا وهو الرجوع بالثمن عند الاستحقاق، كان هذا الضمان صحيحًا.

١٤٣٤٥ - وإذا استحق المبيع من يد المشتري يرجع بالثمن على الضامن، فمتى قضى بصحة هذا الضمان، وأثبت للمشتري خصومة مع الكفيل، ينفذ هذا القضاء، فإذا رفع إلى قاض آخر لا يبطله، وأما إذا ضمن تسليم الدار إلى المشتري لا يصح ضمانه، فلا يصح نقضه بما ذكرنا.

١٤٣٤٦ - ولو أن امرأة رجل قتل أو ابنته عفت عن دم العمد، وأبطل ذلك قاض من رأيه أنه لا عفو للنساء؛ لأنه لا حق لهن في القصاص، كما هو مذهب بعض العلماء رحمهم الله، وقضى بالقود للرجال، فقبل أن يقتاد الرجل رفع إلى قاض يرى عفو النساء صحيحًا، فالقاضي ينفذ ذلك العفو، ويبطل القضاء بالقود؛ لأن القضاء الأول باطل؛ لأنه بخلاف الكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾[1] وبخلاف قول الجمهور، وإن كان هذا الرجل قد قتله، فالقاضي الثاني لا يتعرض لشيء، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله وصاحب كتاب الأقضية، قال: ينبغي أن يقال: إن كان المقتص له بالقصاص عالمًا يقتص منه؛ لأنه قتل شخصًا محقون الدم، وإن كان جاهلاً يقضى عليه بالدية.

أصل المسألة ما ذكر في الأصل: أن الدم إذا كان بين اثنين، فعفا أحدهما، ثم قتل الآخر، إن كان القاتل جاهلاً تجب الدية، وإن كان عالمًا يجب القصاص.

١٤٣٤٧ - ولو أن امرأة طلقها زوجها قبل الدخول بها، وقد كانت قبضت المهر، وتجهزت بذلك، فقضى القاضي للزوج بنصف جهازها؛ لأنه كان يرى ذلك، كما هو قول بعض الناس: بناء على أن الزوج لما دفع الصداق إليها، فقد رضي بتصرفها، فصار تصرفها برضى الزوج كتصرف الزوج بنفسه، ولو أن الزوج اشترى ذلك بنفسه وساقه إليها، ثم طلقها قبل الدخول بها، كان له نصف الجهاز، فكذا هنا، وهذا قضى به قاض لا ينفذ قضاؤه؛ لأنه بخلاف قول الجمهور، وبخلاف كتاب الله تعالى، فإن الله تعالى جعل للزوج في الطلاق قبل الدخول نصف[2] المفروض، والمفروض هو المسمى في العقد، والجهاز لم يكن مسمى في العقد، ولا بنصف، فكان هذا قضاء بخلاف النص،

(١) سورة النساء، الآية ١٢

(٢) وفي الأصل و م: نصف

الأول كان عمر رضي الله عنه يقول : ترد المرأة بالعيوب الخمسة ، وكان علي وابن مسعود رضي الله عنهما يقولان : لا ترد .

ولو ردت المرأة الزوج بواحد من هذه العيوب ، وقضى قاض بجوازه نفذ قضاؤه ؛ لأن هذا فصل مختلف بين أصحابنا رحمهم الله ، فمحمد رحمه الله يقول : بالرد ، فالقضاء صادف محلاً مجتهداً فيه

١٤٣٥٣ - ولو قضى بجواز النكاح بغير الشهود نفذ قضاؤه ؛ لأن المسألة مختلفة ، فمالك وعثمان البتي رحمهما الله كانا يشترطان الإعلان حتى لو حصل الإعلان بحضور الصبيان والمجانين يصح النكاح عندهما ، وقد اعتبر خلافهما ؛ لأن الموضع موضع اشتباه الدليل ؛ لأن اعتبار النكاح بسائر تصرفاته أو بعقوده يقتضي أن لا يشترط الشهادة ، ولأن بعض الدلائل المقتضية بجواز النكاح مطلقة عن اشتراط الشهادة ، ولو قضى بجواز بيع المدبر نفذ قضاؤه ؛ لأن المسألة مختلفة ، والموضع موضع الاشتباه ؛ لأن التدبير إن اعتبر وصية ، أو تعليقاً للحرية لا يمنع جواز البيع ، فكان الموضع موضع الاشتباه من هذا الوجه ، ولو قضى بشهادة الابن لأبيه ، أو قضى بشهادة الأب لابنه ، نفذ قضاؤه عند أبي يوسف رحمه الله خلافاً لمحمد رحمه الله ، هكذا ذكر في الأقضية

واعلم بأن هذه المسألة كانت مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم ، فعمر رضي الله عنه كان يرى جوازها ، ثم أجمع المتأخرون على بطلانه ، ورفع الخلاف المتقدم عند محمد رحمه الله ، فلم يكن قضاؤه في فصل مجتهد فيه ، وهذا يقتضي أن الخلاف بين أصحابنا رحمهم الله في ارتفاع الخلاف المتقدم بالإجماع المتأخر على نحو ما ذكره شمس الأئمة رحمه الله على ما يأتي ، وإذا قضى بالشهادة على الشهادة فيما دون مسيرة سفر نفذ قضاؤه ؛ لأنه مجتهد فيه ، فأبو يوسف رحمه الله لا يشترط مسيرة السفر

١٤٣٥٤ - وإذا قضى بشهادة شاهد شهد على خط أبيه لا ينفذ قضاؤه ، وإذا قضى بأن العنين لا يؤجل كما يقوله بعض العلماء أبطل قضاؤه .

١٤٣٥٥ - وإذا قضى بشهادة شهود على وصية مختومة من غير أن تقرأ عليهم بمنزلة الآخر . وكذلك إذا قضى بما في ديوانه وقد نسي ، أو قضى بشهادة شهود على صك لا يذكرون ما فيه إلا أنهم يعرفون خطوطهم وخواتيمهم أمضاه الآخر ، ولم يكن

وقال: كان لفلان علي كذا من المال، وقد أوفيته، وأنه في بلد كذا، وأني أريد أن أقدم تلك البلدة، فأخاف أن يجحد، ويأخذني بذلك، فاسمع من شهودي، واكتب لي حجة بذلك. فإن القاضي يجعل عن الغائب خصماً، ويسمع عليه البينة.

١٤٣٥٩ – وكذا لو جاءت امرأة إلى القاضي، وقالت: إن زوجي طلقني ثلاثاً، وأنه في بلد كذا، وإني أريد أن أقدم تلك البلدة، وأخاف أن يجحد الطلاق، فاسمع من شهودي واكتب لي حجة، فإن القاضي يجعل عن الغائب خصماً، ويسمع عليه البينة لما مرّ.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله: في قاضٍ حجر على مستحق الحجر للفساد، فرفع ذلك إلى قاضٍ آخر، فأبطل الحجر وأجاز البيع، جاز قضاؤه، وبطل الحجر، لأن نفس القضاء بالحجر مختلف فيه، فلم ينفذ من الأول، وكان للثاني أن يبطله، وسيأتي بعد هذا بخلافه.

ولو رُفع إلى قاضٍ يرى جواز الحجر فأجاز القضاء الأول بالحجر، وأبطل تصرفات المحجور، ثم رفع إلى غيره من القضاة، فليس له أن يبطل ذلك القضاء، ويجيز تصرفات المحجور؛ لأن ذلك القضاء صادف محل الاجتهاد، وهو نفاذ القضاء الأول، فينفذ ظاهراً وباطناً، فليس لأحد بعد ذلك أن يبطله

١٤٣٦٠ – وإذا قضى القاضي في المأذون في نوع أنه مأذون في نوع واحد، كما هو مذهب الشافعي رحمه الله عند شرائط القضاء من الخصومة، والدعوى يصير متفقاً عليه، حتى لو رُفع إلى قاضٍ آخر يرى خلافه، لا يبطله، ذكره محمد رحمه الله في أول المأذون الكبير؛ لأن هذا الفصل مختلف بين السلف.

قال شريح رضي الله عنه: لا يصير مأذوناً في الأنواع كلها، فهذه المسألة يتبين أن المختلف بين السلف كالمختلف بين الصحابة رضي الله عنهم.

١٤٣٦١ – وفي إقرار الأصل: إذا حجر القاضي على رجل حر، ثم أقر المحجور عليه بدين، ففي قول أبي حنيفة رحمه الله: إقراره صحيح؛ لأن على قوله الحجر لم يصح، فصار الحال بعد الحجر كالحال قبله، وعلى قولهما لا يصح إقراره؛ لأن على قولهما الحجر صحيح في التصرفات التي تبطلها الهزل والكره، فتحقق

بالصبي.

فإن قيل: ينبغي أن لا يصح الإقرار عندهم جميعاً؛ لأن القاضي بالقضاء بالحجر قضى في فصل مجتهد فيه؛ لأن بين السلف خلافاً أن السفه، هل يوجب الحجر؟ فإذا قضى القاضي بالحجر، فقد جعله موجباً، وهذا إشارة إلى أن نفس القضاء بالحجر ليس بمختلف فيه.

قلنا: هذا ليس بقضاء على الحقيقة؛ لأن القضاء لا بد له من مقضي عليه، ومن مقضي له، ومن مقضي به، وههنا إن وُجد المقضي عليه، وهو السفيه والمقضي به، وهو السفه لا يوجد المقضي له؛ لأن الولي الذي رفع الأمر إلى القاضي لا يصلح مقضياً له؛ لأن القاضي بهذا الحجر، لا يقضي له على المحجور بشيء، حتى لو وجد القضاء بأن وُجد المقضي له أيضاً بأن تصرف المحجور بعد الحجر تصرفاً، ورفع إلى هذا القاضي، أو إلى قاضٍ آخر، وصححه أو أبطله، نفذ ذلك عند الكل حتى لم يكن لقاضٍ آخر بعد ذلك أن يبطله.

فإن قيل: إذا لم يكن هذا قضاء على الحقيقة كان بمنزلة الفتوى، فينبغي أن لا يحجر عندهما، كما لو أفتى به مفتٍ آخر.

قلنا: الحجر يثبت من غير قضاء إذا كان للحاجر ولاية الحجر، وإن لم يكن الحجر قضاء، كالحجر من المولى على عبده، وكالحجر من الولي على الصبي عن التجارة، فإن ذلك صحيح، وإن لم يكن قضاء على الحقيقة؛ لأنه لهما ولاية الحجر، كذا ههنا للقاضي ولاية الحجر على السفيه بحكم القضاء، فيصح حجره، وإن لم يكن حجره قضاء على الحقيقة -والله أعلم بالصواب-.

## الفصل العشرون

## فيما يجوز فيه قضاء القاضي وما لا يجوز

١٤٣٦٢ - يجب أن يعلم بأن الإنسان لا يصلح قاضيًا في حق نفسه ، إما لأنه لا يصلح شاهدًا لنفسه ، ومن لا يصلح شاهدًا في شيء، لا يصلح قاضيًا فيه ؛ لأن كل واحد منهما من باب الولاية ؛ لأن فيه أبلغ ، فمن لا يصلح لأدنى الولايتين كيف يصلح لأعلاهما؟ وإما لأن القضاء لا بد له من مقضي له ، ومن مقضي عليه ، فإذا قضى القاضي لنفسه من كل وجه ، أو من وجه ، لا ينفذ قضاؤه غير أنه إذا قضى لنفسه من كل وجه لا ينفذ بإمضاء قاضي آخر ، وإذا قضى لغيره من كل وجه ، فإن لم يصلح قاضيًا بيقين لا ينفذ قضاؤه ، وإن أمضاه قاضي آخر ، وإن كان في صلاحه اختلاف فإذا أمضاه قاضي آخر ، نفذ قضاؤه بالإجماع ، وإن وقع الخلاف في قضاء القاضي أنه قضى لغيره من كل وجه ، أو قضى لغيره من وجه لنفسه من وجه ، يتوقف على إمضاء قاضي آخر ، وسيأتي بيانه في خلال المسائل - إن شاء الله تعالى - .

١٤٣٦٣ - قال في كتاب الوكالة : وإذا وكل القاضي رجلا ببيع دار له[1] أو بإجارتها ، أو بالخصومة له في كل حق يطالبه قبل رجل ، أو يطالب قبله رجل فهو جائز ، وهذا ظاهر ، ولا يجوز للقاضي أن يقضي لوكيله ، ولا لوكيل وكيله ، أما إذا كان وكيلا بالبيع والإجارة ، فكان حكم العقد وما هو المقصود منه يقع للموكل ، فكان القضاء واقعًا للموكل ، وكذلك لا يقضي لوكيل أبيه ، وإن علا ، ولا لوكيل ابنه وإن سفل ؛ لأنه قضاء لنفسه من وجه ؛ لأن بينهما نسبة بعضية ، ولأجلها لم تقبل شهادته لهؤلاء ، فلا يجوز قضاؤه لهم من الطريق الأولى .

ثم فرق بين القاضي نفسه وبين من لا تقبل شهادته له في حق القضاء والشهادة ، فقال : قضاء الإنسان وشهادته لنفسه ، وعلى نفسه لا يجوز ، وقضاء الإنسان لمن لا يقبل

(١) هكذا في الأصل وم ، وكذا في ط : ببيع دار له .

شهادته له لا يجوز، وعليه يجوز.

والفرق: أن شهادة الإنسان لنفسه وقضاءه لنفسه إنما لا يجوز؛ لأن القضاء لا بد له من مقضي له، ومن مقضي عليه، والشهادة لا بد لها من مشهود له، ومن مشهود عليه، وفي حق هذا المعنى الوجهان على السواء، فأما قضاء القاضي لمن لا يقبل شهادته له إنما لا يجوز لمكان التهمة، ولا تهمة إذا كان القضاء عليه، فبهذا افترقا.

١٤٣٦٤ - ولا يجوز للقاضي أن يقضي لنفسه ولا لمكاتبه، ولا لعبده، ولا لمن لا تقبل شهادته لهم، ولا لمكاتبيهم؛ لأن القضاء يقع لنفسه دلالة، وكذلك لا يجوز له أن يقضي لشريكه شركة عنان أو مفاوضة إذا كانت الخصومة في مال هذه الشركة؛ لأن القضاء يقع للقاضي من وجه.

١٤٣٦٥ - ولو مات رجل، وأوصى للقاضي بثلث ماله، أو أوصى إلى رجل آخر، لم يجز قضاؤه للميت بشيء من الأشياء؛ لأن بقدر الثلث يقع القضاء للقاضي.

وكذلك إذا كان القاضي أحد الورثة، لا يقضي للميت بشيء؛ لأنه يكون قضاء لنفسه من وجه، وكذلك لو كان الموصى له من القاضي، أو امرأته، أو غيرهما ممن لا يقبل شهادته لهم، أو كان عبيد هؤلاء؛ لأن القضاء لهؤلاء لا يجوز، وكذلك لو كان القاضي وكيل الوصي في ميراث ميت؛ لأن القضاء يقع له من حيث الظاهر.

١٤٣٦٦ - وكذلك لو كان للقاضي على الميت دين، لا يجوز قضاؤه للميت بشيء، وفرق بين قضاء القاضي لغريمه بعد موت الغريم، وبين قضائه له في حال حياته، والفرق: أن الدين لا يتعلق بمال الصحيح، فيبقى ماله بعده خالص ملكه، فكان القضاء واقعاً للغريم من كل وجه. فأما بعد الموت فالدين يتعلق بماله، فكان مال المقضي به حق رب الدين من ذلك الوجه.

١٤٣٦٧ - وإذا وكل أحد الخصمين عند القاضي ابنه، أو مكاتبه، أو بعض من لا تقبل شهادته له، لا يجوز له أن يقضي للوكيل على خصمه؛ لأن القضاء يقع للوكيل من حيث الظاهر، وإنه لا يصلح قاضياً في حق هؤلاء - والله تعالى أعلم -.

١٤٣٦٨ - وإذا وكل رجل رجلاً بالخصومة فاستقضي الوكيل، فليس له أن يقضي في ذلك؛ لأن القضاء يقع للوكيل من حيث الظاهر، وليس له أن يقيم وكيلاً عن موكله؛

لأنه إن أقام بحكم القضاء، كان هذا قضاء لنفسه، وإن أقام بحكم الوكالة، فهذا وكيل لم يقل له الموكل: ما صنعت من شيء، فهو جائز، فإن قال الموكل قال له: ما صنعت من شيء فهو جائز، فوكل رجلا بالخصومة جاز، وليس له أن يقضي لهذا الوكيل، وإن صار الوكيل الثاني مع الوكيل الأول وكيلين للموكل الأول، ولهذا ملك عزلهما، وينعزلان بموته، ولكن من حيث إن الوكالة الثانية مستفادة من جهة الأول، وأنه يملك عزله، كأنه وكيل الأول، فيكون هذا من القاضي قضاء لوكيل نفسه من وجه[1]، وأنه لا يجوز.

فرق بين هذا وبين ما إذا أمر القاضي رجلا أن يبيع مال يتيم، فخاصم الوكيل في شيء من حقوق ذلك العقد إلى هذا القاضي، فإنه يجوز له أن يقضي لهذا الوكيل.

والفرق أن القاضي في تصرف مال اليتيم ليس بخصم، وكذا نائبه، ولهذا لا يلحقه العهدة، فانتقل العقد إلى اليتيم من كل وجه، فصار قضاء لليتيم من كل وجه لا للوكيل القاضي، أما ههنا بخلافه.

١٤٣٦٩ - وفي وكل رجل القاضي ثم عزل عن القضاء، أو كانت الوكالة قبل القضاء، ثم استقضي وعزل، فهو وكيل على حاله حتى كان له أن يخاصم عند قاضي آخر إلا أنه لا يجوز قضاؤه؛ لأنه يصير قاضيا لنفسه، وهذا المعنى لا يتأتى في حق قاضي آخر، وكان له أن يخاصم عند قاضي آخر.

١٤٣٧٠ - قال في الجامع الكبير: إذا مات الرجل وله ديون على الناس، بعضها على القاضي، وبعضها على من لا تقبل شهادته له نحو امرأته وابنه، فادعى رجل عند هذا القاضي أن الميت أوصى إليه، فاعلم بأن ههنا ثلاث مسائل: إحداها هذه، والحكم فيها أن القاضي إذا قضى بوصايته صح قضاؤه استحسانا، حتى لو قضى بعض من عليه الدين إلى هذا الوصي برأ، ولو رفع قضاؤه إلى قاضي آخر، فإن القاضي الآخر يمضيه، ولا ينقضه.

ومثله لو أن القاضي لم يقض له بالوصاية، حتى قضى هو أو بعض من عليه الدين، ثم قضى له بالوصاية، لا يصح قضاؤه حتى كان للورثة ولاية مطالبته بالدين، ولو رفع قضاؤه إلى قاضي آخر أبطله.

(١) هكذا في جميع النسخ التي في الأصل ... هذا القاضي لنفسه من وجه

والفرق أن القاضي بالقضاء في الفصل الثاني يعدل نفسه؛ لأنه يثبت براءة نفسه، ويصحح دفعه إليه، والقضاء لنفسه باطل، ولا كذلك في الفصل الأول. توضيحه: أن القضاء معتبر في الشهادة والغريم لو شهد بالوصية لهذا الرجل بعدما أدّى المديون إليه لا تقبل شهادته لمكان التهمة، فكذا لا يصح قضاؤه، وقبل قضاء المديون لو شهد الغريم بالوصاية لهذا الرجل تقبل شهادته إذا كان الموت ظاهرًا استحسانًا؛ لأنه لا تهمة في هذه الشهادة؛ لأن للقاضي ولاية نصب الوصي إذا كان الموت ظاهرًا بدون الشهادة، فكذا يصح قضاؤه أيضًا، ثم إن محمدًا رحمه الله سوّى في الفصل الثاني بين القاضي وبين امرأته وابنه، وقال: إذا رفع قضاؤه إلى قاضٍ آخر أبطله، ولو أمضاه كان باطلًا، بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: ينبغي أن يكون الجواب في امرأته وابنه بخلاف الجواب في حق نفسه؛ لأن قضاء القاضي لنفسه باطل بالإجماع، فلا يجوز لأحد أن ينفذه، أما قضاؤه لامرأته وابنه مختلف فيه؛ لأن شهادته لهؤلاء مختلف فيه، فكان قضاؤه فالقضاء بالإبطال صادف محلًا مجتهدًا فيه، فكان للمرء أن يمضيه إذا كان من رأيه ذلك.

[وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: ما ذكر من الجواب في حق ابنه مستقيم على قول محمد رحمه الله؛ لأن قضاءه لابنه مختلف في الصدر الأول، ثم رجع المتأخرون على بطلانه، فرفع الخلاف المتقدم عند محمد رحمه الله على ما ذكرنا في الأقضية، وعلى ما ذكره شمس الأئمة الحلواني على مذهب أبي حنيفة، فلم يكن قضاؤه في محل مجتهد فيه، فلا يكون لأحد أن يمضيه.

أما ما ذكر من الجواب في حق امرأته غير مستقيم أصلًا؛ لأن قضاءه لامرأته كان مختلفًا فيه في الصدر الأول، والمتأخرون ما أجمعوا على بطلانه، فلم يرتفع خلاف المتقدم، وكان قضاؤه في فصل مجتهد فيه، فلا يكون لأحد أن يبطله بعد ذلك، كيف وقد ذكر في بعض الكتب أن قضاء القاضي لامرأته يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر؛ لأن الناس اختلفوا أن قضاء القاضي لامرأته هل هو قضاء لنفسه من وجه؟ فإذا أمضاه قاضٍ آخر يترجح قول جانب قضائه لنفسه، فيتعدّى قضاؤه محلًا مجتهدًا فيه، وقبل ذلك لا ينفذ][1].

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وظ، وقد زدناه من م.

فرق بين الوصاية والوكالة قبل دفع الدين ، والفرق : أن للقاضي ولاية نصب الوصي وإن لم يكن على الميت دين ، فلا يكون في هذا النصب عاملاً لنفسه أصلاً ، فلا يكون قضاؤه لنفسه أصلاً ، فأما ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل عن الغائب ، فهو بهذا القضاء يعمل لنفسه من حيث إنه يثبت من يقتضي منه ، فيبرأ بدفعه إليه ، فيكون قاضياً لنفسه ، فلهذا لا يصح ، فإن رفع قضاءه بالوكالة إلى قاضٍ آخر ، فإن كان القضاء بالوكالة بعد قضاء الدين يرده لا محالة ، ولو أمضاه لا يجوز إمضاؤه ؛ لأنه وقع باطلاً ؛ لأنه قضى لنفسه من كل وجه . فإن كان القضاء بالوكالة من الأول قبل قضاء الدين ، فأمضى الثاني ، جاز إمضاؤه على قول محمد رحمه الله في الكتاب ، فقال : لأن إمضاءه للثاني حصل في فصل مجتهد فيه . فقد أشار إلى أن القضاء بالوكالة مجتهداً فيه .

واختلف عبارة المشايخ فيه بعضهم ، قالوا : أراد به حقيقة الاختلاف ، فمن المشايخ رحمهم الله من يجيز القضاء بالوكالة ، كما يجيز القضاء بالوصاية ، وبعضهم قالوا : أراد به اشتباه الدليل ، ووجه ذلك أن الوكالة إنابة في حال الحياة ، والوصاية إنابة بعد الموت ، فالقياس الظاهر يوجب التسوية ، فينبغي أن يملك القاضي نصب الوكيل ، كما يملك نصب الوصي ، وينبغي أن يملك القضاء بالوكالة قبل قضاء الدين ، كما يملك القضاء بالوصاية ، فإذا أخذ بالقياس الظاهر ، وقضى بالوكالة قبل قضاء الدين ، حصل قضاؤه في محل مجتهد فيه ، أو نقول : هذا قضاء على الغائب ، والقضاء على الغائب مجتهد فيه .

فإن قيل : هذا القضاء إذا كان مجتهداً فيه ، ينبغي أن لا يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر على ما مرّ ، قلنا : هذا هكذا إذا كان قضاء للغير من كل وجه ، أما إذا كان قضاء لنفسه من وجه (١) لا ينفذ ، بل يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر ؛ لأن القضاء لنفسه باطل بلا خلاف ، وهذا قضاء لنفسه من وجه من حيث إنه يحصل النفع لنفسه من حيث إنه يقضيه الدين ، فيبرأ ، وقضاء للغير من وجه من حيث إنه ربما لا يقضيه الدين ويتنظر حضور الموكل ، فيتوقف على إمضاء قاضٍ آخر ، فإن أدى اجتهاده إلى أنه قضاء للغير ، وأمضاه نفذ ؛ لأنه صادف محلاً مجتهداً فيه ، فلا يبقى لما يحصل له من النفع عبرة .

(١) هكذا في ظ ، وكان في الأصل وم : قضاء لنفسه من كل وجه .

غرماءه بالكوفة ، والخصومة فيه ، والمدعى عليه ينكر وكالته ، فأقام المدعي بينة على وكالته ، فقضى القاضي عليه بالوكالة .

قال شيخ الإسلام رحمه الله هذه المسألة دليل على جواز الحكم على المسخر ، فإنه قال : ادعى على رجل ذكر أنه غريم الغائب ، ولم يقل : ادعى على رجل هو غريم الغائب ، قال الصدر الشهيد رحمه الله : ولكن هذا عندنا محمول على ما إذا لم يعلم القاضي بكونه مسخراً ، قيل : وينبغي أن تكون هذه المسألة على روايتين ؛ لأن هذا في الحاصل قضاء على الغائب ، وفي القضاء على الغائب روايتان في إحدى الروايتين لا ينفذ ؛ لأن نفس القضاء مختلف فيه وفي الرواية الأخرى ينفذ ؛ لأن نفس القضاء ليس بمختلف فيه ، وإلى هذا مال شيخ الإسلام رحمه الله ، والمسألة في شرح كتاب المفقود .

١٤٣٧٧ - وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله يقول في القضاء على الغائب : يفتى بعدم الجواز والنفاذ كيلا يتطرقوا إلى هدم مذهب أصحابنا رحمهم الله ؛ فلو أن القاضي حكم على المسخر ، وأمضى قاضي آخر صح الإمضاء ، ولا يكون لأحد بعد ذلك إبطاله إذا قضى القاضي بعين في يدي رجل ، والمقضي به ليس في ولايته صح القضاء ، ولكن لا يصح التسليم .

صورة المسألة : البخاري ادّعى داراً على سمرقندي عند قاضي بخاري أن الدار التي في يديه بسمرقند في محلة كذا ، إلى آخره ملكي ، وحقي وفي يده بغير حق ، وأقام بينة على دعواه ، فالقاضي يقضي بالدار للمدعي ، ويصح قضاؤه ؛ لأن المقضي له ، والمقضي عليه حاضران إلا أن التسليم لا يصح ؛ لأن الدار ليست في ولايته ، فيكتب إلى قاضي سمرقند لأجل التسليم .

١٤٣٧٨ - وإذا أمر القاضي إنساناً أن يقضي بين اثنين لم يجز قضاؤه ، إلا أن يكون الخليفة أذن للقاضي بذلك ؛ لأن القضاء أمر يحتاج فيه إلى العلم والأمانة والرأي والخليفة بالتفويض إلى هذا القاضي من غير إذن بالاستخلاف رضي بعلمه ، وأمانته ورأيه ، إما ما رضي بغيره فرق بين القاضي وبين إمام الجمعة ، فإن الخليفة إذا فوّض إلى إنسان إقامة الجمعة[1] مطلقاً ، فاستخلف غيره جاز ، والفرق أن هناك الإذن بالاستخلاف

---

(١) هكذا في ظ وم ، وكان في الأصل : إذا فوّض الأمر إلى إنسان من إقامة الجمعة .

إن لم يوجد نصًا وجد دلالة؛ لأن الخليفة إنما فوّض إليه إقامة الجمعة مطلقًا مع علمه أن العوارض المانعة من إقامة الجمعة نحو المرض والحدث في الصلاة وغير ذلك متوهم مقصور، وعلى تقدير التحقيق لا يمكن انتظار إذن الإمام لضيق الوقت، فقد أذن له بالاستخلاف دلالة، أما ههنا لما لم يوجد الإذن صريحًا لم يوجد دلالة؛ لأن أكثر ما فيه أن العوارض المانعة من القضاء موهوم مقصور في حق هذا القاضي، ولكن انتظار إذن الإمام ههنا ممكن، لأن تأخير سماع الخصومات ممكن؛ لأنه غير مقدر بوقت، فلهذا افترقا.

١٤٣٧٩ - وفرق بين القاضي وبين الوصي أيضًا، فإن الوصي يملك التفويض إلى غيره، وإن لم يأذن له الموصي، والفرق أن في حق الوصي الإذن بالتفويض ثابت دلالة أيضًا؛ لأن الوصي إنما يعمل بعد موت الموصي، فإذا أوصى إليه مع علمه أنه قد يعجز عن التصرف بنفسه، وعلى تقدير العجز لا يمكنه استطلاع رأيه في التفويض إلى غيره، فقد أذن له بالتفويض إلى غيره دلالة، أما ههنا استطلاع رأي الخليفة، والاستخلاف ممكن للقاضي إن عجز عن القضاء، فلا حاجة إلى إثبات الإذن دلالة بالتفويض إلى غيره، فإن كان الخليفة أذن للقاضي في الاستخلاف إما نصًا أو دلالة، بأن قال له: ما صنعت من شيء، فهو جائز، يملك توكيل غيره إلا أن بين مسألة التوكيل وبين مسألة القاضي فرق من وجه، فإن الموكل إذا أذن للوكيل أن يوكل فوكل، وقال الأول للوكيل الثاني: ما صنعت من شيء، فهو جائز، لا يكون للوكيل الثاني أن يوكل غيره، والخليفة إذا أذن للقاضي في الاستخلاف فاستخلف، وقال للخليفة[1]: ما صنعت من شيء، فهو جائز كان له أن يستخلف غيره، فلو أن الخليفة لم يأذن له بالاستخلاف، فأمر رجلاً، فحكم بين اثنين حتى لم يجز حكمه، ثم إن القاضي أجاز ذلك الحكم، ينظر إن كان الخليفة بحال يجوز حكمه لو كان قاضيًا، جاز إمضاء القاضي حكمه، وإن كان بحال لا يجوز حكم لو كان قاضيًا، يُنظر إن كان من يختلف فيه الفقهاء، كالمحدود في القذف جاز إمضاءه ذلك، وإن كان عبدًا أو صبيًا لم يجز؛ لأن القاضي إذا لم يؤذن في الاستخلاف صار الخليفة في حقه بعد الاستخلاف كالحال قبل الاستخلاف، وقبل

---

(١) وفي الأصل: وقال له الخليفة

ويشهد عنده مع غيره على إقراره، فيقبل القاضي ذلك على طريق الشهادة؛ لأنه لو شهد على إقراره غير خليفته مع رجل آخر، يقبل ذلك، فخليفته أولى.

وسئل القاضي الإمام شمس الأئمة الأوزجندي رحمه الله عن القاضي إذا سمع الدعوى، ويسمع النائب الشهادة، هل يقضي النائب بالشهادة بدون إعادة الدعوى؟ قال: لا إلا أن يأمر القاضي بالحكم بعد البينة.

وسئل أيضًا عن القاضي إذا سمع الدعوى والشهادة، ولم يحكم، وأمر نائبه بالحكم وهو مأذون بالاستخلاف بحكم المثال الصحيح، هل يصح هذا الأمر، وإذا حكم النائب هل يصح حكمه؟ قال: نعم.

١٤٣٨٣ - وفي الفتاوى عن الفقيه أبي القاسم أن القضاة على قسمين: قاضي قلد، وقاضي ولي بسبب من دفع الرشوة أو الشفعاء، فالأول: إذا قضى ثم رفع قضيته إلى قاض يرى خلافه، فإنه لا يبطل قضاءه إذا حصل في محل الاجتهاد، والثاني: إذا قضى، ثم رفع قضاءه إلى قاض يرى خلافه له أن ينقضه، بعض مشايخ زماننا رحمهم الله قالوا: إن من تقلد القضاء بالرشوة لا يصير قاضيًا، وإذا قضى لا ينفذ حكمه، ولا يحتاج فيه إلى النقض، وأما الذي طلب القضاء بالشفعاء، فهو والذي قلد سواء في حق نفاذ قضائه في المجتهدات.

١٤٣٨٤ - وإذا كان القاضي مأذونًا بالاستخلاف، فحكم خليفته في حادثة، ووقعت الحاجة إلى إثبات حكمه عند القاضي الأصلي، ينبغي أن يثبتوا ذلك بشرائطه من تقديم دعوى صحيحة على خصم حاضر، كما لو أثبتوا قضاء قاض آخر.

## ومما يتصل بهذا الفصل:

١٤٣٨٥ - وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرحه أن في ظاهر الرواية المصر شرط نفاذ القضاء، وفي رواية النوادر: ليس بشرط، وذكر الخصاف رحمه الله في أدب القاضي في باب القاضي يقضي بعلمه أن المصر شرط نفاذ القضاء، وإليه أشار محمد رحمه الله في الأصل، وفي المنتقى: إشارة عن أبي يوسف رحمه الله إلى أن المصر شرط نفاذ القضاء، فإنه قال: قضاة أمير المؤمنين إذا خرج

أمير المؤمنين، فخرجوا معه، فلهم أن يقضوا؛ لأن هؤلاء ليسوا بقضاة أرض، إنما هم قضاة الخليفة، فأينما خرج الخليفة، فالقضاة أن يقضوا[1]؛ وإن خرج القاضي وحده، فليس له أن يقضي.

وعن أبي يوسف رحمه الله في "الإملاء": أن المصر ليس بشرط، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: وكثير من مشايخنا رحمهم الله أخذوا برواية "النوادر": أن المصر ليس بشرط باعتبار الحاجة، فإنه عسى تقع الحاجة إلى أن يخرج القاضي إلى محدود، ويسمع الدعوى ثمة، ويقضي هناك.

١٤٣٨٦ - وإذا أمر القاضي إنسانًا بالقسمة في الرستاق، فقسم صحت قسمته باتفاق الروايات؛ لأن القسمة ليست من أعمال القضاء حتى يشترط لصحته المصر في ظاهر الرواية - والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب -.

---

(١) وفي الأصل: فللقضاة أن يقضوا.

# الفصل الحادي والعشرون

## في الجرح والتعديل

١٤٣٨٧ - ولا يسأل القاضي عن الشهود عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يطعن الخصم فيهم، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يسأل عنهم وإن لم يطعن الخصم فيهم، وهذا في غير الحدود والقصاص، أما في الحدود والقصاص، فالقاضي يسأل عنهم، وإن لم يطعن الخصم فيهم، قيل: هذا اختلاف عصر وزمان، فأبو حنيفة رحمه الله كان في القرن الثالث الذي شهد له رسول الله ﷺ بالخيرية، فكان الغالب فيهم العدالة، فبنى الحكم على الغالب، وهما كانا في القرن الرابع الذي شهد رسول الله ﷺ فيهم بالكذب، فكان الغالب فيهم الكذب، فأمرا بالسؤال لهذا، وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله يقول: ينبغي للقاضي أن يحكم زي الشهود، ويسمعهم إن كان عليهم زي الصالحين عمل فيهم بقول أبي حنيفة رحمه الله، وإن كان عليهم زي الفسقة عمل فيهم بقولهما.

وقيل: بل هذا اختلاف على الحقيقة، فوجههما أن التعديل حق القاضي؛ لأن القاضي منهي عن القضاء بشهادة الفاسق مأمور بالتثبت فيه، فلا يتوقف استيفاؤه على طلب الخصم قياسًا على سائر الحقوق.

ولأبي حنيفة رحمه الله: الحديث المعروف وهو قوله ﷺ: «المسلمون عدول بعضهم على بعض»(١)، ولأن الظاهر من حال المسلمين العدالة والبناء على الظاهر واجب ما لم يعارضه ظاهر آخر، فأما إذا طعن الخصم فيهم فقد عارضه ظاهر آخر، فوجب السؤال، [illegible] قلنا: أن لا يسأل في الحدود وفي القصاص أيضًا، إلا أنا تركنا القياس ثمة؛ لأن الظاهر لا يخلو عن نوع احتمال، وشبهة،

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٠٦٥٢-٤/٣٢٩) والدارقطني في سننه (١٦-٤/٢٠٧) والبيهقي في الكبرى (٢٠٦٩٩-١٠/١٩٧)، وذكره ابن الشجاع في الفردوس بمأثور الخطاب (٦٤٩٣-٦٤٩٤)

زعم المدعي أن هذا التعديل لم يصح ؛ لأن المدعى عليه ظالم، ليس من أهل أن يعدل، والمنقول عن محمد رحمه الله، هذا أن المدعى عليه حين قال : وهما لم يزكيهما، قال الصدر الشهيد رحمه الله : فإما أن يقال : في المسألة روايتان، أو يحمل ما ذكر في بعض الروايات أن القاضي لا يقضي بشهادتهما، حتى يسأل أنه قول محمد رحمه الله خاصة، لا لأن تعديله ليس بتعديل ولكن لأن المدعي المزكي عنده شرط على ما يأتي بيانه بعد هذا، أو يقال : ما ذكر في بعض الروايات أن تعديل المشهود عليه ليس بتعديل محمول على ما إذا كان جاحدًا، أما إذا كان ساكتًا، وهو من أهل التعديل صح تعديله، هكذا أول رحمه الله في شرح الجامع الصغير، وإن لم يكن المدعى عليه من أهل التزكية والتعديل بأن كان فاسقًا، أو مستور الحال، لا يصح تعديله، ولا يقضي القاضي بشهادتهما.

فإن قيل : يجب أن يصح تعديل المشهود عليه، وإن كان فاسقًا، أو مستور الحال؛ لأنه إقرار على نفسه، وإقرار الفاسق أو مستور الحال على نفسه صحيح.

قلنا : كما أن هذا إقرار على نفسه فهو إقرار بوجوب القضاء على القاضي، وإقراره على القاضي لا يصح، ثم إذا لم يثبت التعديل بقول الفاسق ومستور الحال، فالقاضي يسأل المشهود عليه أصدقوا أم لا، إن قال : صدقوا، فقد أقر على نفسه، فيقضي عليه بإقراره، وإن قال : أوهموا، أو أخطأوا، فالقاضي لا يقضي عليه.

١٤٢٩٠ - وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله : أنه ينبغي للقاضي إذا أقام المدعي البينة أن يسأل المشهود عليه عن الشهود، فإن عدلهم المشهود عليه بعد ما شهدوا عليه، قضى عليه، ولم يلتفت إلى طعنه بعد ذلك، هذا إذا عدلهما المشهود عليه بعد الشهادة.

فأما إذا عدلهما قبل أن يشهدوا عليه، ثم شهدا عليه، فأنكر المشهود عليه ما شهدا به، فالقاضي لا ينفذ ذلك عليه، ولا يكتفي بذلك التعديل، أما على الرواية التي لا يعتبر تعديل المشهود عليه بعد الشهادة فظاهر، وأما على الرواية الأخرى؛ لأنه يمكنه أن يقول : كنت ظننت أنهما عدلان، وأنهما لا يشهدان على بزور غير أنهما تغيرا وفسقا، هكذا ذكر المسألة في كتاب الأقضية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة ما يدل على أن تعديله قبل الشهادة معتبر، فإنه روي: أن المشهود عليه إذا عدّل الشهود بعد ما شهدوا عليه، ثم طعن فيهم، قال: لا يقبل طعنه، ويقضي عليه بشهادتهم، وإن كان قد عدّلهم قبل أن يشهدوا عليه، فلما شهدوا عليه، طعن فيهم، قال: لم يقض عليه بتعديله إياهم قبل أن يشهدوا، قيّد الجواب بالطعن، فهذا يبين لك أن بدون الطعن يقضي عليه بذلك التعديل السابق.

١٤٣٩١- ثم التزكية نوعان: تزكية السر، وتزكية العلانية، فتزكية العلانية أن يحضر المعدل مجلس الحكم، ويسأله القاضي عن الشهود بحضرتهم، فيزكيهم، ويقول بحضرتهم: هؤلاء عدول، والتزكية في السر أن يسأل القاضي المعدّل عن الشاهد في السر، فيعدله أو يجرحه، وقد كانت التزكية في زمن رسول الله ﷺ وأصحابه رضي الله عنهم تزكية العلانية؛ لأن القوم كانوا صلحاء، وكان المعدّل لا يخاف من جرح الشهود علانية؛ لأنه كان لا يخاف من المدعي والشهود بالجرح؛ لأنهم منقادين للحق، وبعد ذلك فسد أحوال الناس، وآل الأمر إلى أن المزكي لو جرح الشهود بحضرتهم قابلوه بالأذى، وظهر عجز المعدل عن تزكية العلانية، فأحدثوا تزكية السر، وهو معنى ما نقل عن محمد رحمه الله في "النوادر": تزكية العلانية عناء وبلاء، وقيل: أول من أحدث تزكية السر شريح، وحين أحدث قيل له: أحدثت ما لم يكن، فقال: أحدثتم فأحدثنا، يعني أحدثتم إظهار العداوة والخصومة مع المعدل لو جرح واحداً منكم في العلانية، فأحدث تزكية السر.

١٤٣٩٢- قال في "أدب القاضي": لو جمع القاضي بين تزكية السر والعلانية، فذلك أحسن، وتفسير الجمع أن المزكي إذا عدل الشهود في السر، فالقاضي يجمع بين الشهود وبين المزكي في مجلسه، ويقول للمزكي: أهؤلاء الذين زكيتهم.

قال في "كتاب الأقضية": وينبغي أن المعدّل في العلانية هو المعدّل في السر، وإذا كان هذا حسن، حتى لا يسمي الرجل باسم غيره، أو لا يتفق[1] اثنان على اسم واحد.

١٤٣٩٣- قال في "أدب القاضي": وينبغي للقاضي أن يختار للمسألة عن الشهود من كان عدلاً؛ لأنه يعدل غيره، فلا بد من أن يكون عدلاً في نفسه، وينبغي أن

(١) وفي م: إذ لا يتفق.

يكون صاحب حرفة دنية، ولا يكون مزوراً[1] ولا مخالطاً للناس؛ لأنه إذا لم يكن بهذه الصفة لا يعرف العدل من غير العدل، وينبغي أن لا يكون ضعيفاً ولا فقيراً حتى لا يخدع بذلك، وينبغي أن يكون فقيهاً يعرف أسباب الجرح وأسباب التعديل؛ لأنه اختلفت[2] أقاويل أهل العلم في أسباب التعديل والجرح، فمنهم من ضيق كل التضييق حتى قال: من سمع الأذان ولم يحضر الجماعة سقطت عدالته.

ومنهم من وسع كل التوسيع، فينبغي أن يكون فقيهاً حتى لا يوسع كل التوسيع، ولا يضيق كل التضييق، ولا يعدل مردود الشهادة من غير علم، ولا يجرح عدلاً من غير علم، وينبغي أن يكون غنياً حتى لا يخدع بمال، وإن وجد عالماً فقيراً أو غنياً غير عالم، اختار العالم، وإن وجد عالماً ثقة لا يخالط الناس، ووجد ثقة غير عالم يخالط الناس، يختار العالم؛ لأن العالم لا يخدع في شيء، حتى يصح ذلك عنده، فهو بعلمه يقدر على الجرح والتعديل، وغير العالم لا يعرف العدل من غير العدل، فكان العالم أولى من هذا الوجه.

١٤٢٩٤ - والأولى أن لا يكون المزكي مغفلاً ولا يكون منزوياً لا يعرف الناس؛ لأنه إذا كان مغفلاً أو لا يخالط الناس، لا يعرف معاملاتهم، ولا ينكشف له حالهم، ولا يمكنه تمييز العدل من غير العدل، والعدد في المزكي ورسول القاضي إلى المزكي، وفي المترجم عن الشاهد الأعجمي، وعن الخصم الأعجمي ليس بشرط عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، والواحد يكفي، وعند محمد رحمه الله العدد شرط، والواحد لا يكفي، ويكفيه الاثنان في كل الشهود، حتى يثبت شهادة رجلين عدلين، وإن كان حداً لا يثبت إلا بشهادة الأربع بشرط الأربع.

وأجمعوا على أن ما سوى العدد من شرائط الشهادة سوى لفظة الشهادة من العدالة والبلوغ والعقل والبصر، وأن لا يكون محدوداً في القذف شرط، والحرية شرط بالإجماع في ظاهر الرواية، والإسلام شرط بالإجماع إذا كان المشهود عليه مسلماً.

(١) هكذا في الأصل، [illegible]

(٢) وفي الأصل: اختلف.

١٤٣٩٥ - وأجمعوا على أن التلفظ بلفظ الشهادة ليس بشرط ، فوجه قول محمد رحمه الله : إن التزكية والترجمة شهادة معنى ؛ لأن القضاء لا يجب إلا بهما ، كما لا يجب إلا بالشهادة ، لأن العلم للقاضي لا يثبت إلا بهما ، فكانت شهادة معنى ، فيعتبر بالشهادة حقيقة ، والواحد لا يكفي في الشهادة حقيقة ، فكذا في التزكية والترجمة .

١٤٣٩٦ - وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله : أنهما قالا : أن التزكية والترجمة شهادة معنى ، كما قاله محمد رحمه الله إلا أنه خبر حقيقة ، ولهذا لا يشترط فيهما لفظة الشهادة ، وهو قوله : أشهد ، فمن حيث إنه خبر لم يشترط فيهما العدد ، ومن حيث إنه شهادة شرطنا فيهما سائر شرائط الشهادة .

وتحقيقه : أن اشتراط سائر الشرائط ما سوى العدد في الشهادة على موافقة القياس ، أما العدالة فلأن بها يترجح الصدق ، ولهذا شرطت العدالة في سائر الأخبارات ، وأما البلوغ عن عقل والحرية فلأن الشهادة ولاية على الغير ، وأنها تتفرع عن الولاية على نفسه ، والولاية على نفسه لا تثبت إلا بالبلوغ عن عقل والحرية ، فأما البصر فلأن القدرة على التمييز إنما تثبت به ، وأما الإسلام إنما شرط إذا كان المشهود عليه مسلمًا ؛ لأنه لا ولاية للكافر على المسلم ، أو لأن الكافر متهم بالخيانة في حق المسلمين ، دل أن اشتراط هذه الشرائط في الشهادة على موافقة القياس ، فيمكن اشتراطها فيما هو في معناها قياسًا عليها .

وأما اشتراط العدد في الشهادة كان على مخالفة القياس ، ولهذا لا يشترط في سائر الأخبارات ، فيقتصر عليها

ثم هذا الاختلاف في تزكية السر ، فأما في تزكية العلانية فالعدد شرط بالإجماع ؛ لأن معنى الشهادة فيها أبين وأظهر ، ألا ترى أنها تختص بمجلس القضاء ، بخلاف تزكية السر عندهما ، وذكر أبو علي النسفي رحمه الله في كتابه : عن محمد رحمه الله ما يدل على أن العدد في تزكية السر عنده ليس بشرط ، والذي ذكر فيما إذا عُرف المزكي الشهود بالعدالة ، أو لم يعرفهم بها ، لكن سئل من عرفهم وأخبره بعدالتهم ، ينبغي للمزكي أن يعدلهم قطعًا ، فيقول : هو عدول ، ولا يقول : هم عدول ؛ لأن الثقات أخبروا بعدالتهم ؛ لأن هذا ليس بتعديل ، بل هذا إخبار عن تعديل الغير ، وهذا الإخبار لم يثبت عند

القاضي لكون المخبر واحداً .

رواه عن محمد رحمه الله ؛ وروى عنه رواية أخرى أن القاضي يطلب ذلك منه ؛ لأنه أحال بالتعديل على جهته . وهذه الرواية دليل على أن العدد في المزكي عند محمد رحمه الله ليس بشرط .

١٤٣٩٧ - أما الترجمان إذا كان أعمى ، ذكر في غير رواية الأصول عن أبي حنيفة رحمه الله . أنه لا يجوز ترجمته ؛ لأن الأعمى جرح ، وعن أبي يوسف رحمه الله . أنه يجوز ترجمته ، والمرأة الواحدة إذا كانت ثقة حرة جازت ترجمتها عندهما ، كالرجل ، وهذا في الأموال ، وما يجوز شهادتهما فيه ، أما فيما لا يجوز شهادتهن فيه ، لا يجوز ترجمتهن فيه .

١٤٣٩٨ - قال في كتاب الأقضية : إذا أراد المزكي أن يعدل الشهود ، ينبغي أن يقول : إنهم عدول ثقات جائز الشهادة[1] ، قال : هذا هو أبلغ الألفاظ في التعديل .

وقال ابن سلمة : المزكي يقول في التزكية : هو عندي عدل مرضي جائز الشهادة ، وفي العيون : ذكر لفظ عندي أيضاً ، وبعض المشايخ رحمهم الله قالوا : إذا قال : عندي لا يكون هذا تعديلاً ؛ لأن بقوله عندي أوقع الشك ، والفقيه أبو ثابت رحمه الله زيف هذا القول ، وقال : هذا عندي ليس بشيء ؛ لأن العالم بحقائق الأمور هو الله تعالى ، وإنما يخبر المكلف عما عنده ، ووقع في اجتهاده .

١٤٣٩٩ - وقال أبو يوسف رحمه الله : يقول المزكي : ما أعلم منه إلا خيراً ، كما ذكر عمر رضي الله عنه ، ولو قال : لا بأس به ، فقد عدله ، وفي أدب القاضي : إذا قال المزكي : هم عدول ، فهذا ليس بتعديل ؛ لأن المحدود في القذف بعد التوبة عدل ، ولا تقبل شهادته ، وما رواه أبو علي السغدي عن محمد رحمه الله دليل على أنه تعديل ، وكذلك إذا قال : هم ثقات ، والقاضي لا يكتفي به ، فقد يطلق هذا اللفظ على المستور ، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا : إنه تعديل ، ولو قال : إنه مزكي يكتفي به ؛ لأنه طلب منه التزكية ، وقد أتى بلفظ التزكية ، فصار كالشاهد بعد الاستشهاد يأتي بلفظ الشهادة .

ولو قال : لا أعلم منه إلا خيراً ، فقد ذكر في أدب القاضي : أنه تعديل ، وأنه

(١) وفي الأصل : جائز فيه الشهادة

موافق لما روينا عن أبي يوسف رحمه الله، ومن المشايخ رحمهم الله من قال: إنه ليس بتعديل، والأصح أنه تعديل؛ لأنه نفى ما سوى الخير عنه، فكان مثبتًا صفة الخير له؛ إلا أنه أثبت بقدر ما علم من حيث الظاهر، وهو المأخوذ به في حق العباد، أما العلم بالحقائق لله تعالى.

١٤٤٠٠ – وعن محمد رحمه الله: المزكي إذا كان عالمًا بصيرًا يكتفى به منه، وإذا كان غير عالم لا يكتفى به منه؛ لأن غير العالم ربما لا يعرف هذا تعديلًا، وإن قال: لا أعلم منه إلا خصلة من أنواع الخير، وبهذا القدر لا يثبت العدالة، وإن قال: هو عدل فيما علمنا، فقد قال بعض العلماء: إنه تعديل، وهكذا روي عن شريح، والأصح أنه ليس بتعديل؛ لأن قول الإنسان فيما علمنا إذا اقترن بالأخبار يخرجه من أن يكون إثباتًا، ألا ترى أن الشاهد إذا شهد أن لفلان على فلان كذا فيما أعلم، لا تقبل شهادته؛ لأنه لا يكون إثباتًا، وكذلك قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: إذا قال: لفلان علي ألف درهم فيما أعلم، لا يكون إقرارًا، وتأويل حديث شريح أنه كان يقبل[1] شهادة المستور، كما هو قول أبي حنيفة رحمه الله، وإن قال: هو عدل إن لم يكن شرب الخمر، فهذا ليس تعديل؛ لأن فيما ذكر تعريض بوصفه بذلك النوع من الفسق، وإن قال: هو عدل -والله أعلم- لا يكون تعديلًا، بل يكون جرحًا؛ لأنه نفى علم نفسه حيث أحال بالعلم على الله تعالى.

١٤٤٠١ – قال ابن سماعة في نوادره: عن أبي يوسف رحمه الله قال: أجيز في تزكية السر تزكية العبد والمرأة والمحدود في القذف والأعمى إذا كانوا عدولًا، ولا أقبل في تزكية العلانية إلا من كنت أقبل شهادته؛ لأن تزكية السر من باب الإخبار، ألا ترى أنه لا يشترط فيه العدد عندهما، والمخبر به أمر ديني، وقول المرأة والعبد والمحدود في الأمور الدينية[2] مقبول إذا كانوا عدولًا، ألا ترى أنه يقبل روايتهم في الأخبار عن رسول الله ﷺ، ويجب الصوم بقولهم. فأما تزكية العلانية نظير الشهادة، حيث شرط فيها العدد، وهؤلاء لا يصلحون للشهادة، قال: وأقبل فيها رجل وامرأتين، يعني في تزكية العلانية،

---

(١) وكان في الأصل: أنه كان لا يقبل.

(٢) وفي م: والمحدود في القذف الأمور الدينية.

لأن شهادة رجل وامرأتين في الأموال مقبولة ، فكذلك التزكية ، وعلى هذا تزكية الولد لوالده في السر ، وتزكية الوالد لولده في السر جائزة ؛ لأنها من باب الأخبار أقصى ما فيه أنه تزكية لنفسه من حيث المعنى ، ولكن يجوز للإنسان أن يزكي نفسه إذا احتاج إليه ، ألا ترى أنه كيف زكّى نفسه يوسف صلوات الله عليه في قوله تعالى : ﴿اجعلني على خزائن الأرض إني حفيظ عليم﴾[1] .

وأما في العلانية فلا يجوز إلا تزكية من تقبل شهادته له ، وكذلك على هذا تزكية العبد لمولاه في السر جائزة . وروى محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله : أنه يجوز تعديل العبد والمرأة والأعمى ، وعن محمد رحمه الله : لا يجوز تعديل هؤلاء ، قال : ينبغي للمعدّل أن يختار للسؤال من اتصف بالأوصاف التي شرطناها في المزكي ، وإنما يسأل جيرانه ، وأهل سوقه ، لأنهم أعرف بحاله ، هكذا ذكر في " أدب القاضي " .

١٤٤٠٢ - قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : إنه يسأل عن جيرانه إذا لم يكن بينه وبينهم عداوة ظاهرة ، ولا يتعامل هو عليهم يعني لا يكون يده فوق أيديهم نحو أن لا يعطى الجباية[2] وما أشبهه ، وهو اختيار أبي علي النسفي رحمه الله ، ورواه عن محمد رحمه الله ، وذكر من جملة من يسأل عنه رفيق الشاهد ، وقريبه ، فقد صحّ عن عمر رضي الله عنه أنه قال : إذا كان في المرء ثلاث خصال ، فلا تشكوا في صلاحه إذا حمده ذو قرابته وجاره ورفيقه ، وإن لم يجد في جيرانه ، وأهل سوقه من يصلح للتعديل يسأل أهل محلته ، وإن وجد كلهم غير ثقات يعتبر في ذلك تواتر الأخبار ، وكذلك إذا سأل عن جيرانه أو أهل محلته ، وهم غير ثقات ، فاتفقوا على تعديله ، أو جرحه ، ووقع في قلبه أنهم صدقوا ، كان ذلك بمنزلة تواتر الأخبار .

١٤٤٠٣ - وإن أخبر بعضهم بعدالته ، وبعضهم بجرحه ، فالحكم فيه كالحكم في اختلاف المزكي في التعديل والجرح ، وسيأتي بيان ذلك بعد هذا -إن شاء الله تعالى- وإن كان الشاهد غريبًا لا يعرف ، إذا سئل عنه في السر ، فالقاضي يسأل الشاهد عن معارفه ، فإذا سمّاهم سأل عن معارفه في السر حتى يظهر عنده أنهم هل يصلحون للتعريف ، فإن

(١) سورة يوسف ، الآية ٥٥ .

(٢) هكذا في ظ ، وكان في الأصل وم : الجناية .

عدلوا سألهم عن الشاهد، واعتمد على خبرهم في الجرح والتعديل، وإلا يوقف فيه، ويسأل عن المعدل الذي في بلدته إن كان في ولاية هذا القاضي، وإن لم يكن كتب إلى قاضي ولايته يتعرّف عن حاله.

١٤٤٠٤ - قال هشام رحمه الله: سألت محمداً رحمه الله عن رجل شهد عند القاضي، وهو على رأس خمسين فرسخاً، فبعث القاضي أميناً على جعل يسأل المعدّل عن الشاهد، فالجعل على من؟ قال: على المدعي، وهذا ظاهر؛ لأن منفعة عمل الأمين راجعة إلى المدعي.

وفي نوادر ابن سماعة: عن محمد رحمه الله: لا ينبغي للقاضي أن يسأل عن الشاهد رجلاً له على المشهود له مال إذا كان المشهود له مفلساً، فلّسه القاضي، أو ميتاً أقام وصيه على غيره بينة؛ لأنه متهم في هذا التعديل، بيانه: إذا ظهرت عدالة الشهود، لزم قضاء القاضي بشهادتهم، وعند ذلك يزول الإفلاس، وزوال الإفلاس نفع في حقه؛ لأن ماله في ذمته بمنزلة التاوي يزول ذلك التوى بزوال الإفلاس، فثبت أن في التعديل نفعاً له، فكان متهماً فيه.

ونظير هذه الرواية في الشاهد إذا كان له على المشهود له مال، وأنه مفلس أنه لا تقبل الشهادة له بهذه التهمة، وإن لم يكن مفلساً تقبل شهادته له، ويصح تعديله لشهوده لعدم هذه التهمة، إذ لا يثبت بهذه الشهادة أمر لم يكن ثابتاً؛ لأنه كان متمكناً من استيفاء حقه قبل الشهادة، وقبل التعديل، حيث يمكنه من بعد ذلك.

١٤٤٠٥ - قال: ولو أن غريباً نزل بين ظهراني قوم، وشهد هذا الغريب عند القاضي في حادثة، فسألهم القاضي أو المعدل عن حاله، وقد عرفوه بالصلاح، ولم يظهر منه ما يسقط عدالته؟ هل يسعهم أن يعدلوه؟ كان أبو يوسف رحمه الله أولاً يقول: إن مكث بينهم ستة أشهر، ولم يعرفوا منه إلا الصلاح، يسعهم أن يعدلوه، وإن كان دون ذلك، فليس لهم أن يعدلوه، ثم رجع، وقال: إذا مكث بينهم سنة، ولم يعرفوا منه إلا الصلاح، جاز لهم أن يعدلوه، وما لا فلا؛ لأن الحاجة إلى معرفة حاله بالتجربة، وقد ورد الشرع بتقدير مدة التجربة بالسنة، كما في العنّين.

توضيحه: أن من الفرائض ما لا يجب إلا بعد كمال الحول، كالزكاة وصوم

رمضان، فما لم يخف عليه الحرمة، لا يقفون عليه أنه متهاون، أو من يرعى حق الله تعالى في الزكاة والصوم.

وروى هشام عن محمد رحمه الله: أنه على قدر ما يقع في القلب صلاحه، وروى إبراهيم عنه أنه قال: من وقت في التزكية فهو مخطئ، وهذا على ما يقع في القلب، ربما يعرف الرجل في شهرين والآخر لا يعرف في سنة؛ لأنه يرائي ويتصنع، وهذا القول أشبه بالفقه.

وينبغي أن يكون على قياس أبي حنيفة رحمه الله كذلك؛ لأنه يفوض إلى رأي المجتهد في مثله، ولا يقدر فيه بشيء، كما في الكلب المعلم؛ وفي المدة التي يصير الكلب معلَّمًا فيها، فلو أن صبيًا بلغ وشهد شهادة، فحكمه حكم هذا الغريب الذي نزل بين ظهراني القوم، لا يعدلونه حتى يظهر عندهم صلاحه وعدالته، والمدة التي يظهر فيها حاله عندهم مقدرة على قياس قول أبي يوسف رحمه الله، كما بينا.

ولا يقدر عند محمد رحمه الله، بل هو على ما يقع في القلب؛ لأن العدالة مباعدة توجه الخطاب حتى يعرف انزجاره عن محظورات دينه، واشتغاله بالأوامر، والخطاب إنما توجه عليه الآن.

١٤٤٠٦ - ولو أن نصرانيًا أسلم ثم شهد، فإن كان القاضي عرفه عدلًا في النصرانية، يقبل شهادته، ولا يتأنى، وإن لم يعرفه بالعدالة، يسعه أن يسأل[١] عن عرفه بالعدالة في النصرانية، ويسعه أن يعدله من غير تأنٍ، وإنما وقع الفرق بين الصبي والبالغ لما ذكرنا أن العدالة والفسق إنما يعرف بتوجه الخطاب، والخطاب متوجه على النصراني، فإذا رآه منزجرًا عما اعتقد محظورات دينه قبل ذلك، يستدل أنه على عدالته، ولا يتغير ذلك بالإسلام، وأما الصبي فإنما يتوجه عليه الخطاب بعد البلوغ، ولا يعرف انزجاره عن محظورات دينه قبل ذلك ليستدل به على عدالته، فلا بد من مدة بعد البلوغ ليعرف انزجاره عن محظورات دينه.

١٤٤٠٧ - وقال بعض مشايخنا رحمهم الله: الصبي إذا راهق الحلم، ولم يزل رشيدًا حتى بلغ أن شهادته مقبولة، ويسع للمعدل أن يعدله، وإن لم يعرف منه رشدًا إلى

(١) كذا في الأصل: أن يسأله.

أن بلغ، فإنه يتأنى فيه، ويتربص مدة يظهر صلاحه، ويقع في القلب أنه عدل، كما ذكرنا في الغريب، وهذا القائل سوّى بين الصبي وبين النصراني في اعتبار العدالة السابقة، وهو اختيار أبي علي النسفي رحمه الله.

ووجه التسوية: أن النصراني لا شهادة له على المسلم كالصبي، وإنما حدثت لهما أهلية الشهادة على المسلم بالبلوغ والإسلام، ثم لما اعتبروا العدالة التي قبل الإسلام، فلأن تعتبر[1] العدالة التي قبل البلوغ في حق المراهق أولى، وهذا لأن المراهق مأمور بالصلاة، ويؤدّب على تركها، ويؤمر بالقضاء إذا أفسدها، وكذلك الصوم وغيرهما من الأحكام المختصة بأهلية الشرائع ما لم يكن النصراني مأموراً بها، ثم لما بنى الحكم على العدالة قبل الإسلام فلأن يبنى على العدالة للصبي قبل البلوغ أولى.

١٤٤٠٨ - ولكن المشهور ما ذكرنا في "كتاب الأقضية" عن محمد رحمه الله: في نصرانيين شهدا على نصراني، وعدلا في النصرانية، ثم أسلم المشهود عليه، ثم أسلم الشاهدان، فالقاضي لا يقضي بتلك الشهادة؛ لأنهما كافران وقت الأداء، فإن شهدا بذلك بعد الإسلام، يعني أعادا شهادتهما بعد الإسلام، فالقاضي يسأل المعدّل المسلم عن حالهما؛ لأن ذلك التعديل لم يعتبر حجة على المشهود عليه بعد الإسلام، لكونه تعديل الكافر، حتى لو كان ذلك التعديل السابق من المسلمين، قضى القاضي بشهادتهما؛ لأن ذلك التعديل وقع معتبراً.

١٤٤٠٩ - وفي "نوادر هشام": عن محمد رحمه الله قال: سألت محمداً عن شاهدين مشركين شهدا على مشرك بشهادة فعدلا، فلم يقض القاضي بشهادتهما، حتى أسلم المشهود عليه، ثم أسلم الشاهدان، قال: أسأل الشاهدين أن يُعيدا الشهادة، قلت: أتسألُ عن تعديلهما؟ قال: لا، لأنهما عدلا في الشرك، قلت: فمسألة الشاهدين المشركين من المسلمين، أو من المشركين؟ قال: من المسلمين، قلتُ: فإن لم يعرفهما؟ قال: سأل المسلمون عن العُدول من أهل الشرك، ثم يسأل أولئك المشركون عن الشهود.

١٤٤١٠ - قال محمد رحمه الله: في رجل ارتكب ما يصير به ساقط الشهادة من

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: فلا تعتبر.

الكبائر، ثم تاب، وشهد عند القاضي قبل أن يأتي عليه زمان: لا ينبغي للمعدل أن يعدله، حتى يأتي عليه زمان، وهو على توبته يقع في القلب أنه صحت توبته، وهذا لأن التوبة أمر باطن لا يعرف إلا بدليلها، والامتناع عن ارتكاب الجناية محتمل بين أن يكون على وجه التوبة، وبه يصير عدلاً، وبين أن يكون لا على وجه التوبة؛ لأن الفاسق لا يدوم على معصية على سبيل الموالاة، وبه لا يصير عدلاً، فلا بد من انضمام شيء آخر يدل على أن الامتناع على سبيل التوبة، فقلنا: إذا مضى مدة وهو على توبته فيها يقع في قلب المجتهد أنه صح التوبة، وعلى قياس ما روي عن أبي يوسف رحمه الله فيما تقدم: ينبغي أن يقدر تلك المدة سنة أو بستة أشهر، وإن كان هذا الفاسق شهد وهو فاسق، ثم تاب، ومضى عليه زمان، وهو على توبته على نحو ما ذكرنا، فإن القاضي لا يقضي بتلك الشهادة، بل يأمر بإعادتها، فإن أعادها وعدله المعدل، فالقاضي يقبل شهادته إن كان لم يرد شهادته التي شهد بها في حالة فسقه لفسقه، أما إذا رد لا تقبل شهادته؛ لأن بعد رد الشهادة هو متهم في التوبة لجواز أنه قصد بها تنفيذ شهادته، ودفع ضرر عار(1) رد الشهادة عن نفسه وهو في الباطن بخلافه.

١٤٤٤١- ولو أن فاسقاً معروفاً غاب غيبة منقطعة سنة أو سنتين أو أكثر، ثم قدم، ولا يرى منه إلا الصلاح، فشهد عند القاضي، وسأل القاضي المعدل عنه، فلا ينبغي للمعدل أن يجرحه لما كان رأى فيه من قبل، ولا ينبغي له أن يعدله أيضاً حتى تتبين عدالته، وهو بمنزلة غريب نزل بين ظهرانيهم.

١٤٤٤٢- وكذلك الذمي إذا أسلم وقد عرف منه ما هو جرح قبل الإسلام، لا ينبغي للمعدل أن يجرحه لما رأى فيه من قبل، ولا يعدله أيضاً حتى تظهر عدالته؛ لما مر.

١٤٤٤٣- قال: ولو أن رجلاً عدلاً مشهوراً بالرضا غاب ثم حضر وشهد وسئل المعدل عنه، فإن كانت الغيبة قريبة، كان للمعدل أن يعدله؛ لأنه ظهر عدالته، ولم يظهر بخلافه، إذ لو كان منه شيء بخلافه لوصل الخبر؛ لأن المدة قريبة، وإن كانت الغيبة منقطعة مسيرة ستة أشهر، أو نحوه، فإن كان الرجل مشهوراً بالرضا والعدالة، كشهرة أبي حنيفة رحمه الله وابن أبي ليلى، فله أن يعدله؛ لأنه لم يظهر بخلافه ما عرف منه، إذ

(1) هكذا في الأصل وم، وكان في ب: عار.

لو كان منه شيء بخلاف ذلك، لتحدث الناس به، ولو تحدثوا به لوصل الخبر.

ألا ترى أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يغيبون، وكان لا يبطل حكم عدالتهم، وطريقه ما قلنا.

وإن لم يكن الرجل مشهوراً، فالمعدل لا يعدله؛ لأن هذه مدة يجوز أن يتغير المرء فيها، وإذا لم يكن مشهوراً فالناس لا يتحدثون بأفعاله وأحواله ليستدل بعدم وصول الخبر على عدم التغير، ولا كذلك ما إذا كان الرجل معروفاً مشهوراً، وإذا عدل الشهود عند القاضي، وعرفهم القاضي بالعدالة، فشهدوا عنده مرة أخرى، فإن كان بين التعديل، وبين الشهادة الثانية مدة قريبة، قضى القاضي بشهادتهم من غير سؤال، وإن طال الزمان، وتقادم العهد، سأل القاضي عنهم يريد به على قول من يرى السؤال عن الشهود، وهذا لأن الإنسان لا يبقى على صفة واحدة في جميع الزمان، بل يتغير على ما عليه الغالب، ولا يكون التغير في زمان قريب، وإنما يكون في زمان طويل، فبعد ذلك اختلف المشايخ رحمهم الله فيما بينهم منهم من قدر الطويل بستة، وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخراً، وهو اختيار أبي علي النسفي رحمه الله.

ومنهم من قدر الطويل بستة أشهر، وهو قول أبي يوسف رحمه الله: أولاً، وهو اختيار الخصاف، ومنهم من قدره بأربعة أشهر، ومنهم من قدره بشهر، ومنهم من كره التقدير وفوضه إلى رأي القاضي إن وقع في رأيه بعد الاجتهاد والتأمل أنه تغير في هذه المدة، ورأى هذه المدة طويلة يسأل عنه.

وإن وقع في رأيه أنه لم يتغير في هذه المدة، ورأى هذه المدة قريبة لا يسأل عنه، وهذا القول أشبه بأصول أصحابنا رحمهم الله، وهو مروي عن محمد رحمه الله، وإن عرف المزكي الشهود[1] بالعدالة غير أنه علم أن دعوى المدعي كانت باطلة، أو أن الشهود أوهموا في بعض الشهادة، فينبغي أن يبين للقاضي بما صح عنده من عدالة الشهود، أو وهمهم في الشهادة، أو بطلان دعوى المدعي، فالعدل قد ينسى، وقد يغلط، والمزكي قد يقف على بطلان دعوى المدعي بما يعترض على أصل سبب الاستحقاق من الإبراء أو الإيفاء في الديون، أو تلقي صاحب اليد الملك من المدعي، أو ما أشبه ذلك، والشاهد لا

---

(١) وكان في الأصل: المشهود.

إذا شهد عنده رجلان عدلان على النسب وسعه أن يشهد على النسب، فكذا ههنا قالوا: هذا الاستشهاد مستقيم على ما ذكر محمد رحمه الله في مسألة النسب في الكتب الظاهرة.

أما على ما ذكر بشر بن الوليد: أن على قول أبي يوسف رحمه الله يجوز الشهادة على النسب بشهادة الرجلين العدلين، ولا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يسمع من العامة، فههنا يجب أن يكون الجواب على الخلاف أيضًا على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يسعه التعديل بأخبار العدلين حتى يسمع ذلك من العامة، وروى هشام عن محمد رحمه الله في مسألة التعديل بأخبار العدلين، وذكر فيه زيادة فقال: إذا كان الثقات عدلاه، فإن المعدل وسعه أن يعدله.

وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله: رجل عدل عند القاضي، وأنا لا أعرفه إلا أنه وصف لي عن يسعني أن أزكيه، وقد عرفت أن القاضي زكاه، قال: لا يسعك إلا أن تعرفه أنت.

١٤٤١٥ - وإذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق، وعدلهما المعدل بعد موتهما، فالقاضي يقضي بشهادتهما، وكذلك لو عدلهما بعد ما غابا، ولو عدلهما بعد ما خرسا أو عميا، فالقاضي لا يقضي بشهادتهما.

والفرق: أن الموت ليس بجرح في الشاهد، ألا ترى أن أصحاب رسول الله ﷺ بعد موتهم على العدالة، وكذلك من بعدهم، وكذلك الغيبة ليست بجرح في الشاهد، فأما الخرس والعمى في معنى الجرح في الشاهد لو اقترن بالأداء يمنع الأداء، يمنع القضاء أيضًا.

١٤٤١٦ - وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله: شاهدان شهدا عند القاضي، والحاكم يعرف أحدهما بالعدالة، ولا يعرف الآخر، فزكاه المعروف بالعدالة قال نصير: لا يقبل تعديله، وعن ابن سلمة: روايتان، وعن الفقيه أبي بكر البلخي رحمه الله: في ثلاثة شهدوا عند الحاكم، وهو يعرف الاثنين بالعدالة، ولم يعرف الثالث، فعدله الاثنان، قال: يجوز تعديلهما إياه في شهادة أخرى، ولا يجوز في هذه الشهادة، وأنه موافق لقول نصير، وبه يفتى.

١٤٤٦٧ - وفي "النوازل" : إذا سئل المعدل عن الشاهد ، فسكت ، فهو جرح ، وهذا ظاهر ؛ لأن الإنسان لا يمتنع لإنسان عن ما هو حسن ، ويمتنع عن إظهار ما هو قبيح ، وهذا هو الظاهر من حال المسلم.

١٤٤٦٨ - وفيه أيضاً : الشاهد إذا كان في السر فاسقاً ، وفي الظاهر عدلاً ، فأراد القاضي أن يقضي ، فأخبر عن نفسه أنه ليس بعدل ، صح إقراره على نفسه ، ولكن لا يسعه ذلك الكلام في ذلك الوقت ؛ لأنه يقتضي إبطال حق المدعي ، وهتك ستر نفسه.

١٤٤٦٩ - وإذا سأل القاضي المعدل عن حال الشهود ، فأخبره بما علم من حالهم ، ثم أراد أن يسأل عن غيره ، فلا ينبغي له أن يعلم أنه سأل غيره عن حالهم ؛ لأنه متى أعلم بذلك ، وربما يعتمد الثاني على قول الأول ، فيتهاون بالسؤال ، ولا يبالغ في التفحّص.

وإذا اختلف أصحاب المسائل في الجرح والتزكية ، فحاصل الجواب في هذا الفصل أن المخبر بأحد الأمرين إذا كان مثنى ، والمخبر بالأمر الآخر الواحد ، فالقاضي يأخذ بقول المثنى تزكية كان أو جرحاً ؛ لأن قول المثنى حجة مطلقة يعتبر به في جميع الأحوال ، وقول الواحد : ليس بحجة مطلقاً ، فلا يعارض قول المثنى ، وإن كان من كل واحد من الجانبين ما هو حجة مطلقة بأن كان من الجانبين مثنى ، فالترجيح للجارح ؛ لأن الجارح مثبت والمعدل ناف ، فإنه يقول : لا أعلم فيه إلا خيراً ؛ ولأن المعدل اعتمد ظاهر الحال ، فإن ظاهر حال المسلم العدالة والجارح وقف على أمر بخلاف الظاهر خفي عن المعدل ، والقاضي إنما يسأل ليقف على خلاف الظاهر ، وذلك في خبر الجارح.

١٤٤٧٠ - وكذلك إذا كان من أحد الجانبين مثنى ، ومن الجانب الآخر عدد رهط ، أو فوقها ، أو دونها ، لكنها فوق المثنى ، كان الترجيح للجارح ؛ لأن المثنى حجة متكاملة ، والزيادة عليها فضل ، ألا ترى أن في باب المال جعلت الزيادة على المثنى فضلاً كذا ههنا ، وإذا كانت الزيادة على المثنى فضلاً ، صار كأن من كل جانب مثنى ، وإن كان من كل جانب رجل واحد ، فالقاضي أعاد المسألة من غيرهما ، هكذا ذكر المسألة في "الأصل" ، وفي "الأقضية" : إذ ليس من كل جانب حجة ، وتعذر على القاضي الحكم ، فيسأل عن غيرهما وجاء أن ينضم إلى المخبر من أحد الجانبين ما يتم به الحجة ، فيقضي القاضي به ، أو ينضم إلى كل جانب ما يتم به الحجة ، فيترجح الجارح.

لا ينبغي للقاضي أن يُصرح للمدعي بأن شهودك جُرحوا، بل يقول له: زد في شهودك، أو يقول له: لم يحمد شهودك، ليكون ذلك أقرب إلى الستر، فإن قال المدعي: أنا آتي بمن يعدلهم، ويسمي قومًا يصلحون للمسألة، فإن القاضي يسمع ذلك منه ويسألهم، ذكر المسألة في "العيون".

وفي "أدب القاضي": فإن عدلهم ذلك القوم سأل القاضي الطاعنين بما طعنوا فيهم، لأنه يجوز أنهم طعنوا بما لا يصلح وجه الطعن عند القاضي والمدعي، فإن بينوا ما هو جرح عند الكل، كان الجرح أولى، وإن بينوا سببًا لا يصلح للطعن عند القاضي، لا يلتفت إليهم، وتقبل شهادة الشهود.

١٤٤٢٢ - وكذلك لو عدلهم المزكي، فطعن المشهود عليه، وقال للقاضي: أسأل فلانًا وفلانًا، سمى قومًا صالحين للمسألة يسأل عنهم، فإن جرحوا وبينوا سببًا صالحًا، فالجرح أولى، هكذا ذكر في "العيون".

١٤٤٢٣ - وفي "أدب القاضي" أيضًا: وفي "نوادر ابن سماعة": قلت لمحمد رحمه الله: إذا سأل القاضي في السر عن الشهود، فلم يعدلوا، ثم أتاه المشهود له بالمعدلين في العلانية، قال: لا يقبل ذلك منه، وهذه الرواية تخالف رواية "العيون"، وبه يفتى، لأن العبرة لتزكية السر، ولأن فيه تهمة المواضعة(١) بينهم، ولأن في التفحص عن ذلك إشاعة الفاحشة، وتهييج العداوة بين الناس.

وفي "المنتقى": عن أبي يوسف رحمه الله: إذا عدل الشاهد في السر، فقال المشهود عليه: أنا أجيء بالبينة في العلانية أنه صاحب كذا وكذا الشيء إذا كان كذلك لا تقبل شهادته، فإني لا أقبل ذلك من المدعى عليه إذا عدل الشاهد في السر، أشار إلى أن العبرة لتزكية السر، وأنه يخالف رواية "العيون" أيضًا.

وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله أيضًا: قلت لمحمد رحمه الله: أيأمر القاضي المشهود له أن يأتيه من يعدل شهوده؟ قال: لا، لأن العبرة لتزكية السر، ولتمكن التهمة في حق من يعدل الشاهد بأمر المشهود عليه، فلعله واضعه على ذلك، ولا تهمة في حق مزكي القاضي.

(١) هكذا في م، وكان في الأصل وظ: "ولتمكن تهمة المواضعة".

١٤٤٢٤ - وإذا شهد شاهدان على رجل بمال، فقال المشهود عليه: هما عبدان، وقال الشاهدان: نحن أحرار الأصل، لم نملك قط، فالقاضي لا يقبل شهادتهما حتى يعلم أنهما حران، روى ابن سماعة: عن محمد رحمه الله عن أبي يوسف رحمه الله: أنه قال: الناس أحرار إلا في أربعة مواضع: الشهادة والحدود والقصاص والعقل وبنحوه ورد الأثر عن عمر رضي الله عنه.

صورته في الشهادة ما ذكرنا صورته في الحد رجل قذف إنساناً، وزعم القاذف أن المقذوف عبد، فالقاضي لا يحد القاذف، حتى يعلم حرية المقذوف.

١٤٤٢٥ - صورته في القصاص: رجل قطع يد إنسان، وزعم القاطع أن المقطوعة يده عبد، فالقاضي لا يقطع يد القاطع، حتى يعلم حرية المقطوعة يده، صورته في العقل: رجل قتل رجلاً خطأً، وزعمت العاقلة أن المقتول عبد، فالقاضي لا يقضي على العاقلة بالدية، حتى يعلم حرية المقتول، وهذا كله إذا لم يكن حرية الشاهدين، وحرية المقذوف والمقطوع يده، والمقتول معلومة للقاضي بيقين، بأن كانوا مجهولين في النسب، ولم يعاين القاضي إعتاقهم من جهة أحد، فأما إذا كانت معلومة للقاضي بيقين، بأن عرف حرية أبويهم من الأصل، أو عرف حريتهم بالإعتاق، فالقاضي لا يلتفت إلى طعنهم؛ لأن عرف كذبهم في طعنهم بيقين، فإن سأل القاضي عن الشهود، وأخبر المزكون أنهم أحرار الأصل، أجزت شهادتهم ولم أكلفهم البينة.

أشار إلى أن الإخبار عن حرية الشهود[1] يكفي للعمل بالشهادة، هكذا ذكره في كتاب الأقضية، وهذا لأن القاضي لا يحتاج إلى القضاء بالحرية: لأن ذلك إنما يكون بعد ثبوت الرق، والرق غير ثابت، وإنما يحتاج إلى ما يعرف به أن شهادتهم حجة، فصارت الحرية كالعدالة، ثم العدالة تثبت بالإخبار، فكذا الحرية.

١٤٤٢٦ - وذكر في شهادات الأصل: أن القاضي إذا اكتفى بالإخبار، فحسن، وإن طلب على ذلك بينة فهو أحب وأحسن؛ لأن الحاجة إلى معرفة الحرية فوق الحاجة إلى معرفة العدالة؛ لأن أهلية الشهادة لا تثبت بدون الحرية، وتثبت بدون العدالة؛ ولأن الحرية أخذت شبهاً من أصلين مختلفين من العدالة باعتبار أنها من أسباب

---

(١) هكذا في ط م، وكان في الأصل: الشهود.

قبول الشهادة، ومن الملك باعتبار أنه يجري فيها الخصومة، وفيها حق العباد، فلشبهها بالعدالة قلنا بأنها تثبت بمجرد الإخبار، ولشبهها بالملك قلنا: بأن الإثبات بالبينة أولى؛ لأن الحرية يصير مقضياً بها.

١٤٤٢٧ - ولو جاء إنسان وادعى رقبة هذا الشاهد بعد ذلك، لا ذكر لهذه[1] المسألة في الكتب، قال فخر الإسلام علي البزدوي رحمه الله: وفيه شبهة يجب أن لا يسمع إذا قام البينة على حريته، ويسمع إذا لم يقم، ثم إن أصحابنا رحمهم الله فرقوا بين فصل الشهادة، وبينما عداها من الفصول، وهو فصل الحد والقصاص والعقل، فقال في فصل الشهادة: إذا أخبر المزكون بحرية الشهود، فالقاضي يجيز شهادتهم، ولم يشترط إقامة البينة، وقال في الفصول الثلاث: القاضي لا يقضي بالحد والقصاص والعقل ما لم تقم البينة على الحرية.

والفرق أن الحرية من أسباب قبول الشهادة، وليست من حقوق العباد التي تدخل تحت القضاء، فكانت كالعدالة، ثم العدالة تثبت بالسؤال، فكذا الحرية، فأما الحد والقصاص والعقل من الحقوق التي تدخل تحت القضاء، فكما لا يمكن إثباتها إلا بالبينة، فكذا أمر الحرية التي لا يجب حد القذف والعقل والقصاص إلا بها لا يمكن إثباتها إلا بالبينة.

هذا إذا قال الشهود: نحن أحرار الأصل، فأما إذا قالوا: كنا عبيد فلان أعتقنا، فالقاضي لا يقضي بشهادتهم حتى يقوم البينة على العتق، بخلاف الفصل الأول، والفرق أنهم إذا قالوا: كنا عبيد فلان، فقد أقروا على أنفسهم بالرق، وإقرارهم حجة عليهم، فثبت الرق عليهم بإقرارهم، فيحتاج القاضي بعد هذا إلى القضاء بالعتق، والقضاء بالعتق لا يكون إلا بالبينة، فأما في الفصل الأول فالرق لم يثبت، فلا حاجة إلى القضاء بالعتق، وإنما الحاجة إلى ما يُعرف به أن شهادتهم هل صارت حجة؟ والتقريب ما ذكرنا.

١٤٤٢٨ - وكذلك إذا قال الشهود: نحن أحرار الأصل، وقال المزكون: كانوا عبيداً لفلان أعتقهم، فالقاضي لا يقضي بشهادتهم حتى تقوم البينة على العتق؛ لأن

---

(١) وفي الأصل: لا ذكر له لهذه المسألة.

الرق قد ثبت عليهم بإخبار المزكين. فيحتاج القاضي إلى القضاء بالعتق، والتفريق ما ذكرنا.

١٤٤٢٩ - وإن أقام المشهود له بينة على المشهود عليه أن فلاناً أعتقهم، وهو يملكهم، وقضى القاضي بعتقهم؛ كان ذلك قضاء على المولى، حتى لو حضر، وأنكر الإعتاق، لا يحتاج إلى إقامة البينة عليه؛ لأن المشهود عليه انتصب خصماً عن المولى؛ لأن المشهود له ادعى حرية الشاهد على المشهود عليه، وقد صح من هذا الدعوى؛ لأنه لا يتمكن من إثبات حقه على المشهود عليه إلا بها، والمشهود عليه أنكر ذلك. وصح منه الإنكار؛ لأنه لا يتمكن من دفع الشهود عن نفسه إلا بإنكار الحرية.

١٤٤٣٠ - والأصل أن من ادعى حقاً على الحاضر لا يتوصل إلى إثباته إلا بإثبات سببه على الغائب ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، فصار إقامة البينة على المشهود عليه، كإقامتها على المولى الغائب.

١٤٤٣١ - وإذا شهد الشهود على رجل بمال أو دم، فطعن فيهم المدعى عليه، فالقاضي لا يقضي بشهادتهم، حتى يسأل عنهم، فإن سأل عنهم، وزكوا في السر والعلانية، فأراد القاضي أن يقضي بشهادتهم، فقال المشهود عليه: أنا أجرحهم، وأقيم البينة على ذلك؛ فهذه المسألة على وجهين: الأول: أن يقيم البينة على جرح مفرد لا يدخل تحت حكم الحاكم، وهو أن يقيم البينة على أنهم فسقة أو زناة، أو على إقرارهم أن المدعي استأجرهم على هذه الشهادة، أو على إقرارهم أنهم قالوا: لا شهادة لنا للمدعي على المدعى عليه في هذه الحادثة، أو على إقرارهم أنهم قالوا: شهدنا بالزور، أو على إقرارهم أنهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه هذا الأمر، وفي هذا الوجه لا يقبل هذه الشهادة عندنا، خلافاً لابن أبي ليلى والشافعي رحمهما الله.

الوجه الثاني أن يقيم البينة أن الشهود زنوا ووصفوا الزنا، أو يقيم بينة أنهم سرقوا مني كذا، أو شربوا الخمر، أو أنهم شركاء في المشهود به، أو أنهم صالحوه على كذا درهماً حتى لا يشهدوا عليه، ودفعت ذلك إليهم أو أنهم عبيد، أو محدودون في القذف، أو على أن المدعي أقر أن الشهود شهدوا بزور أو على أن المدعي أقر أنه استأجرهم على هذه الشهادة، أو على إقراره أنهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه هذا

الأمر.

وفي هذا الوجه القاضي يقبل هذه الشهادة بالاتفاق، وجه قول ابن أبي ليلى رحمه الله أن هذه شهادة قامت على الجرح، والمدعى عليه يحتاج[1] إلى إثباته بالبينة ليدفع خصومة المدعي عن نفسه، فوجب أن يقبل قياسًا على الوجه الثاني.

١٤٤٣٦ - ولعلمائنا رحمهم الله في المسألة طرق وأصحها وأوضحها ما اختاره القاضي الإمام صاعد النيسابوري، والشيخ الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده، والصدر الشهيد رحمهم الله، وإليه أشار محمد رحمه الله في كتاب التزكية: أن الشاهد بالشهادة على الجرح المجرد صار فاسقًا؛ لأنه ارتكب كبيرة ألحق بفاعلها الوعيد في الدنيا والآخرة بنص القرآن؛ لأنه أظهر الفاحشة من غير ضرورة، وإظهار الفاحشة من غير ضرورة حرام بنص القرآن، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ﴾[2] علم أن الشاهد صار فاسقًا، والمشهود به لا يثبت بشهادة الفاسق.

فإن قيل: في إثبات إظهار الفاحشة ضرورة، وهي دفع الخصومة عن المدعى عليه، فصار كالوجه الثاني.

قلنا: لا ضرورة لأنها تندفع بقولهم سرًا للقاضي أو للمدعي من غير أن يظهر ذلك في مجلس الحكم، وهذا بخلاف ما لو شهدوا أنهم زنوا ووصفوا الزنا، أو شربوا الخمر، أو سرقوا مني؛ لأن في إظهار الفاحشة هناك ضرورة، وهو إقامة الحد، واسترداد المسروق، بخلاف ما إذا شهدوا أنهم شركاء في المشهود به؛ لأنه ليس في ذلك إظهار الفاحشة، ويثبت المشهود به، ويصير الثابت بالبينة كالثابت عيانًا، بخلاف ما إذا شهدوا أنهم محدودون في قذف؛ لأنه ليس فيه إظهار الفاحشة من جانب الشهود، وإنما فيه حكاية ظهور الفاحشة من غيرهم، وهم شهود القذف، أو القاضي والحاكم، لإظهار الفاحشة لا يكون مظهرًا للفاحشة، فلم يصيروا فسقة، وبخلاف ما إذا شهدوا على إقرار المدعي أنهم فسقة وما شاكله؛ لأنهم بشهادتهم ما أظهروا الفاحشة إنما حكوا إظهار

(١) هكذا في ب، وكذا في الأصل: والمدعي على قبله يحتاج... إلخ، وفي ط: والمدعي قبله يحتاج... إلخ.

(٢) سورة النور، الآية ١٩.

لفاحشة من غيره، وهو المدعي، فلم يصيروا فسقة، وبخلاف ما إذا أقام البينة أنهم صالحوه على كذا، حتى لا يشهدوا عليه، ودفع ذلك إليهم؛ لأنهم وإن أظهروا الفاحشة، كان فيه ضرورة ليصل إلى المال حتى لو قال: لم أعطهم المال لم يقبل؛ لأن فيه إظهار الفاحشة من غير ضرورة.

١٤٤٣٣- ثم المدعى عليه إذا أقام البينة أن شاهد المدعي محدود في القذف، فالقاضي يسأل الشهود من حده، هكذا ذكر في حدود الأصل؛ لأن إقامة حد القذف إن حصل من السلطان أو من نائبه، تبطل شهادته، وإن حصل من واحد من الرعايا بغير إذن السلطان، لا تبطل شهادته، فلابد من السؤال عن ذلك، فإن قالوا: حدّه قاضي كورة كذا، فالقاضي هل يسأله في أي وقت حده؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في "الأصل".

١٤٤٣٤- وفي "كتاب الأقضية": أن القاضي يسأل ليعلم أنه هل كان قاضياً في ذلك الوقت أم لا؟ فإن قال المشهود عليه بحد القذف: أنا أقيم البينة على إقرار ذلك القاضي أنه ما حدني، ولم يوقت واحدة من البينتين وقتاً، فإن القاضي يقضي بكونه محدوداً في القذف، ولا يمتنع القاضي من القضاء بكونه محدوداً في القذف بسبب بينة الإقرار لوجهين: أحدهما: أن العمل بالبينتين ممكن إذا لم يوقت واحد من البينتين، وما يحتمل بينة الإقرار على ما قبل إقامة الحد أنه لم يحده حد القذف، ثم أقام عليه الحد بعد ذلك، ومهما أمكن العمل بالبينتين لاتعطل واحدة منهما، والثاني: أن البينة على الإقرار قامت على النفي من حيث المقصود؛ لأن المقصود من إثبات هذا الإقرار على القاضي نفي شهادة اللذين شهدا عليه، لا ثبوت حكم آخر، فكانت هذه البينة باعتبار المقصود قائمة على النفي، والبينة على النفي لاتقبل، فصار وجوده وعدمه بمنزلة.

١٤٤٣٥- فإن كان شهود القذف قد وقتوا وقتاً، بأن شهدوا أن قاضي بلد كذا حده حد القذف سنة سبع وخمسين وأربعمائة[1]، فأقام المشهود عليه البينة أن ذلك القاضي مات سنة خمس وخمسين وأربعمائة، أو أقام البينة أنه كان غائباً في أرض كذا سنة سبع وخمسين وأربعمائة، فإن القاضي يقضي بكونه محدوداً في القذف، ولا يلتفت

---

(١) وكان في الأصل: في سنة سبع وخمسين.

إلى بينة ، ولا يجيء في هذه المسألة الطريقة الأولى التي ذكرناها في المسألة الأولى من إمكان العمل بالبينتين ؛ لأن العمل بالبينتين غير ممكن ، وإنما تجيء الطريقة الأخرى ، وهو أن بينة المشهود عليه من حيث المعنى قائمة على النفي ؛ لأن المقصود من إثبات موت القاضي قبل ذلك ، ومن إثبات الغيبة نفي شهادة الشهود الذين شهدوا عليه ، لا حكم آخر يثبت بالغيبة ، فكانت بينة المشهود عليه باعتبار المقصود قائمة على النفي ، والبينة على النفي غير مقبولة ، فصار وجود هذه البينة وعدمه بمنزلة ؛ إلا أن يكون أمراً مشهوراً في ذلك ، فحينئذ لا يقضي بكون محدوداً في قذف ، ومعنى هذا الكلام أن يكون موت القاضي بأن كان موت القاضي قبل الوقت الذي شهد الشهود بإقامة الحد فيه مستفيضاً ظاهراً فيما بين الناس ، يعرفه كل صغير وكبير ، وعالم وجاهل ، وكان كون القاضي في أرض كذا في الوقت الذي شهد الشهود بإقامة الحد فيه ظاهراً مستفيضاً يعرفه كل صغير وكبير ، وكل عالم وجاهل ، فحينئذ لا يقضي بكون الشاهد محدوداً في القذف ، ويقضي على المشهود عليه بالمال ، وذلك لأن بينة المشهود عليه بالحد على ما أقامها قائمة على النفي ، وصار وجودها وعدمها بمنزلة ، فيبقى بينة المشهود له بالمال على كونه محدوداً في قذف ، وأنها قائمة على الإثبات ، إلا أن البينة وإن قامت على الإثبات ، فإنه يثبت كذب الشاهد فيما شهد به بيقين ، كرجل ادعى عبداً في يد إنسان ادعى أنه ملكه منذ عشر سنين ، وشهد الشهود بذلك ، والعبد طفل رضيع ، فإن الشهادة لا تقبل ، وإن قامت على الإثبات ؛ لأنها كاذبة بيقين ، فكذا ههنا عرف القاضي كذب هذه الشهادة بيقين لما ثبت كونه في أرض كذا في وقت الذي شهدوا بإقامة الحد فيه .

فرق بين هذه المسألة وبينما إذا شهد شاهدان ، أن فلاناً طلق امرأته يوم النحر بمكة ، وشهد آخران أنه أعتق عبده في ذلك اليوم بعينه بالكوفة ، فإن القاضي لا يقضي بواحدة من البينتين ، وههنا لو شهد شاهدان على الشاهد[1] أن قاضي الكوفة حده يوم النحر من سنة كذا بكوفة ، وأقام المشهود عليه بينة أنه يوم النحر من سنة كذا تلك السنة كان بمكة ، فإن القاضي يقضي ببينة الحد ، ولا يلتفت إلى البينة الأخرى .

والفرق بينهما أن كلتا البينتين في مسألة الطلاق والعتاق قامت في محلها ، فإن كل

(١) هكذا في الأصل ، وما كان في بقية النسخ .

واحدة منهما قامت على الإثبات، فكانت كل واحدة من البينتين معارضة للأخرى، وإحداهما كاذبة، وليست إحداهما بعينها، بأن يجعل صادقة والأخرى كاذبة بأولى من الأخرى، فتهاترتا، فأما ههنا بينة المشهود عليه على الموت والغيبة قامت على النفي باعتبار المقصود، والبينة على النفي ليست بحجة، فصار وجودها وعدمها بمنزلة، ولو عدم وجب القضاء بالأولى؛ لأنه لا معارض لها، فكذا ههنا.

١٤٤٣٦ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: رجل ادعى داراً في يدي رجل، وأقام على ذلك شهوداً، وأقام المشهود عليه شهوداً أن هذا الشاهد كان يدعيها، ويزعم أنها له، فهذا جرح إن عدلت بينة بذلك، وكذلك لو أقام بينة أن الشاهد كان يدعي الشركة فيها - والله أعلم بالصواب، وإلى المرجع والمآب -.

العدة وطلبت من القاضي أن يفرض لها النفقة، أو كان لها نفقة مفروضة لكل شهر، فالقاضي يفرض لها النفقة، ويأمر الزوج بإعطاء المفروض، ولكن إنما يفرض لها نفقة مدة العدة لا غير؛ لأنها إن كانت مطلقة، فهي معتدة، فلها نفقة العدة، وإن لم تكن مطلقة، فهي منكوحة ممنوعة من الزوج، لا لمعنى من جهة الزوج، وهذا يوجب سقوط النفقة، ولكن النفقة كانت واجبة، فوقع الشك في سقوطها، فلا يسقط بالشك إلا أن هذا الشك في مقدار نفقة العدة، فأما الزيادة على نفقة العدة، فقد وقع الشك في ثبوتها، فإذا أخذت قدر نفقة العدة إن عدلت الشهود سلم لها ما أخذت؛ لأنه تبين أنها استوفت نفقة العدة، وهي حقها، وإن ردت الشهادة وردت المرأة على زوجها، رجع الزوج عليها بما أخذت؛ لأنه تبين أنها كانت منكوحة ممنوعة عن الزوج، لا لمعنى من جهة الزوج، فتبين أنها ما كانت مستحقة للنفقة، وأن القاضي أخطأ في قضائه، وأنها أخذت ما أخذت بغير حق.

١٤٢٣٩ - قال محمد رحمه الله في عتاق «الأصل»: وإذا ادعى العبد أو الأمة العتق[1] على مولاه، وليس لهما بينة حاضرة، فإنه لا يحال بينهما وبين المولى؛ لما ذكرنا أن في الحيلولة إزالة اليد، واليد حق مقصود كالملك، فكما لا يجوز إزالة ملك الإنسان بمجرد الدعوى، فكذا لا يجوز إزالة يده بمجرد الدعوى.

وإن أقاما شاهدًا واحدًا، فإن قالا: لا، الشاهد الآخر غائب عن المصر، فكذلك الجواب كما قلنا في الطلاق، وإن قالا: الشاهد الآخر حاضر في المصر، فإن كان هذا الشاهد الذي أقاما فاسقًا، فكذلك الجواب كما قلنا في الطلاق، وإن كان عدلًا ذكر أنه لا يحال بينهما أيضًا، وهذا الذي ذكر صحيح في حق العبد، أما في حق[2] الأمة ينبغي أن يقال: إن حال بينهما، فحسن على رواية «الأصل»، وعلى رواية «الجامع» يحال بينهما على ما ذكرنا في الطلاق، وهذا[3]؛ لأن عتق الأمة يتضمن حرمة الفرج كالطلاق، فكان الجواب في عتق الأمة نظير الجواب في طلاق المرأة.

(١) وفي م: العتاق.

(٢) لفظ «حق» موجود في الأصل فقط.

(٣) وفي الأصل: وهي هذا.

وأما إذا أقاما شاهدين مستورين يحال بينهما جميعًا إلى أن تظهر عدالة الشهود؛ لأن شهادة المستورين حجة في حق الله تعالى والعباد، ألا ترى أن القاضي لو قضى بشهادتهما بظاهر العدالة ينفذ قضاءه بالإجماع، فتجوز إزالة يد المولى بشهادتهما، وهذا الجواب في الأمة يجري على إطلاقه؛ لأن[1] في الأمة يحال بشهادة الواحد، إذا لم يكن الشاهد فاسقًا، فبشهادة المستورين أولى، وفي العبد محمول على ما إذا كان المولى مخوفًا عليه يخاف منه الاستهلاك، وتغييب العبد، وكان معروفًا بذلك، فأما إذا لم يكن بهذه الصفة لا يُحال بينه وبين العبد، وإنما يؤخذ منه كفيل بنفسه، وبنفس العبد، ثم طريق الحيلولة في الأمة الوضع على يدي امرأة ثقة، والأمة تخالف الامرأة الحرة، فإن هناك طريق الحيلولة أن يجعل معها امرأة ثقة، ولا يخرجها من بيت الزوج.

١٤٤٤٠- والفرق: إن وضع الحرة على يدي العبد غير مفيد؛ لأنه لا يثبت للحر يد على الحرة إلا بالنكاح، ولا نكاح، فإذا لم يُفد لم يوضع، أما ههنا إن كانت البينة كذبة كانت هي أمة، ووضع الأمة على يد الحر مفيد؛ لأنه يثبت للحر يد على الأمة بدون النكاح، فلهذا وضعت.

ثم في فصل الأمة، وفي فصل الطلاق، قال: بالحيلولة وإن كان الزوج والمولى عدلا[2]، هكذا ذكر في "الأصل" و"الجامع"، وفي "المنتقى": قال إنما يوضع الجارية على يد العدل إذا لم يكن المدعى عليه مأمونًا يخاف على الجارية أن يجامعها، فأما إذا كان مأمونًا ثقة، والقاضي يعرفه بذلك أمره أن يعتزلها، ثم قال: وكذلك إذا أقامت المرأة بينة على طلاقها، فإذا وضعت الجارية على يدي العدل، وطلبت من القاضي النفقة، فالقاضي يأمر المولى بالإنفاق عليها؛ لأن نفقتها كانت واجبة على المولى، وقع الشك في سقوطها إن كانت البينة صدقة يسقط نفقتها، وإن كانت كذبة لا تسقط نفقتها، وإن صارت ممنوعة عن المولى؛ لأن نفقة المملوك لا تسقط عن المولى، وإن كانت ممنوعة عنه، فلا تسقط نفقتها بالشك.

وإن أخذت نفقتها شهرًا، ثم لم يزك الشهود، وردت الأمة على مولاها، لا يرجع

---

(١) وفي الأصل: ولأن.

(٢) وفي الأصل: عدلان.

المولى عليه ما أنفق، بخلاف المسألة التي تقدم ذكرها، فإن هناك إذا لم يزك الشهود، ورتب المرأة على الزوج، فإنه يرجع عليها بما أنفق.

والفرق أن نفقة المملوك إنما تجب باعتبار الملك لغيره، وملك المولى باق في هذه الحالة، وأما نفقة المرأة إنما تجب إذا لم تصر ممنوعة عن الزوج لا لمعنى من جهة الزوج، وقد تبين أنها صارت ممنوعة عن الزوج لا لمعنى من جهة الزوج، وإذا زكيت البينة، فما أنفق المولى عليها على وجه الشرع ثم أكلت في بيت المولى، فلا يرجع له عليها، كما في سائر التبرعات، وإذا أجبر القاضي المولى على ذلك يرجع عليها بخلاف الطلاق.

والفرق: أن هناك الاستحقاق بحكم الملك، وتبين أنه لا ملك، وثمة الاستحقاق بالاحتباس بحق الزوج، وتبين أنها محبوسة بحق الزوج في العدة.

١٤٤٤١ - وفي "الملتقط": يقول فيما إذا زكيت البينة وأعتقها القاضي، فإن قال المدعى عليه: قد كنت أنفق عليهم، كما أنفق على عبيدي، فهو متطوع، وإن كان دفعت ذلك إليهما ثم تبين أنهما على ما حرّان، رجع عليهما بالكسوة والدراهم، ولا يرجع عليهما بالطعام، ولا أستحسن أن يرجع بالطعام

١٤٤٤٢ - وإن كان الشاهدان على عتق العبد والأمة فاسقين، فلا شك أن في الأمة يحال بينهما وبين المولى؛ لأن في الأمة يحال بشهادة الشاهد الواحد إذا كان عدلا مع أنها ليست بحجة في حقوق العباد، فلأن يحال بشهادة الفاسقين، وشهادتهما حجة في حقوق العباد حتى لو قضى القاضي بشهادة الفاسق على تحري أنه صادق ينفذ قضاؤه، أولى.

وأما في العبد ففيه اختلاف الروايات، ذكر في بعض الروايات أنه يحال؛ لأنهما حجة للقضاء في الجملة، فكانا بمنزلة المستورين، وفي المستورين يحال في العبد إذا كان المدعى عليه ممن يخاف على العبد، وإن كان ممن لا يخاف عليه، يكتفى بأخذ الكفيل على ما بينا، فكذا بشهادة الفاسقين، وفي رواية لا يحال؛ لأن زيادة العدد يقوم مقام العدالة، فيصير الفاسقان بسبب زيادة العدد كشاهد واحد عدل، وبشهادة واحد عدل لا يجب الحيلولة في العبد.

١٤٤٤٣ - أمة في يدي رجل ادعى رجل أنها له، وأقام على ذلك شاهدين

لا يعرفهما القاضي، فالقاضي يخرجها من يده، ويضعها على يدي عدل كما مر.

١٤٤٥٤ - ولو طلبت النفقة وأمر القاضي المشهود عليه بالإنفاق، ثم لم يزك الشهود، وردت الجارية على المولى، فالمولى لا يرجع بما أنفق على أحد، وإن زكيت الشهود، وقضى القاضي بالجارية للمدعي، لم يكن للمشهود عليه أن يرجع على المدعي؛ لأنه أنفق على جارية بغير إذنه، وهل يرجع بذلك على الجارية؟ على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يرجع، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يرجع، ويكون ذلك دينًا على ذمة الجارية، تباع فيه الجارية، إلا أن يفديها المقضي له؛ لأنه لما قضى بها للمدعي ظهر أن المدعى عليه كان غاصبًا في حال ما أنفق عليه؛ لأنها في يد العدل، ويد العدل يد المدعى عليه، ولهذا لو هلكت في يد العدل ضمن المدعى عليه قيمتها، فتبين أنها استهلكت شيئًا من مال الغاصب، ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله: أن جناية المغصوب على مال الغاصب هدر، كجناية المملوك على مالكه، وعندهما معتبرة كالجناية على الأجنبي، وهي من مسائل الديات.

١٤٤٥٥ - عبد في يدي رجل ادعاه رجل أنه عبده، وأقام على ذلك شاهدين لا يعرفهما القاضي، لم يؤخذ من يد المدعى عليه؛ لأن الأخذ من يده والوضع على يدي عدل في فصل الأمة إنما كان صيانة للفرج، وأنه معدوم هنا، ولكن يأخذ القاضي كفيلا من المدعى عليه بنفسه، وكفيلا بنفس العبد. أما أخذ الكفيل بنفس العبد؛ لأن المدعي استحق القضاء بالعبد عند تزكية الشهود، والإشارة إلى العبد أمر لا بد منها لصحة القضاء، فلو لم يؤخذ كفيل بالعبد ربما يغيب العبد، فيعجز القاضي عن القضاء بالعبد.

وأما أخذ الكفيل بنفس المدعى عليه كيلا يغيب، فإن القضاء لا يجوز على الغائب، ثم يأمر القاضي المدعى عليه أن يجعل الكفيل بنفسه وكيلا بخصومة حتى أنه إذا غاب ولم يقدر الكفيل على إحضاره، فالمدعي يخاصم الكفيل، ويقضي القاضي عليه. ولكن إن أبى المدعى عليه أن يجعله وكيلا، فالقاضي لا يجبره، بخلاف ما إذا أبى إعطاء الكفيل حيث يجبر عليه، وإن لم يجد المدعى عليه كفيلا، فالقاضي يقول للمدعي: الزم المدعى عليه والعبد. وإن كان المدعي لا يقدر على ذلك، وكان المدعى عليه مخوفًا على ما في يده بالإتلاف، فرأى القاضي أن يضع العبد على يدي عدل يضعه

صيانة لحق المدعي ، وكذلك إذا كان المدعى عليه فاسقًا معروفًا بالفجور مع الغلمان ، فالقاضي يضعه على يدي عدل بطريق الأمر بالمعروف ، ولكن هذا لا يختص بالدعوى والبينة ، بل في كل موضع كان صاحب الغلام معروفًا بالفجور مع الغلمان ، يخرجه القاضي عن يده ، ويضعه على يدي عدل بطريق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

ثم إذا وضعه على يدي عدل ، أمره أن يكتسب ، وينفق على نفسه إذا كان قادرًا على الكسب ، ولم يذكر مثل هذا في الأمة ؛ لأنها عاجزة عن الكسب عادة ، حتى لو كانت الأمة قادرة على الكسب ، بأن كانت غسّالة معروفة بذلك أو خبّازة ، تؤمر بالكسب أيضًا ، ولو كان العبد عاجزًا عن الكسب لزمنه أو صغره ، يؤمر المدعى عليه بالنفقة ، فإذًا لا فرق بين الأمة وبين العبد ، هكذا حكي عن الفقيه أبي بكر البلخي وأبي إسحاق الحافظ رحمهما الله .

١٤٤٤٦ - وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف رحمه الله : رجل ادعى جارية في يدي رجل أنها له ، وأقام على دعواه بينة ، وزكيت بينته ، وقد كان القاضي وضعها على يدي عدل ، وهرب المدعى عليه ، قال : آمر الذي هي على يديه يعني العدل أن يؤاجرها ، وينفق عليها من أجرها ، فإن كان لا يؤاجر مثلها ، أمرته أن يستدين بالنفقة عليها ، فإذا حصل اليأس من صاحبها أمرت ببيعها ، فبدأت من الثمن بالدين ، فأديته ودفعت الباقي من الثمن ، فإذا جاء الذي كانت في يديه ، قضيت عليه بقيمة الجارية ؛ لأني بعتها على الذي كانت في يده ، فإن كانت على المقضي عليه دين ، فمستحق الجارية أحق بهذا الثمن من الغرماء ؛ لأنها بمنزلة الرهن ، حين وضعها القاضي على يدي عدل .

١٤٤٤٧ - دابة أو ثوب في يدي رجل ادعاه آخر ، وأقام بينة ، وطلب المدعي من القاضي أن يضعه على يدي عدل ، لم يجبه القاضي إلى ذلك ؛ لأن فيه قصر يد المدعى عليه من غير حجة ، فلا يشتغل القاضي به إلا بضرورة ، ولا ضرورة في هذه الأشياء على ما مر في العبد ، ولكن القاضي يأخذ من المدعى عليه كفيلًا بنفسه ، وبما وقع فيه الدعوى ، ويجعل الكفيل بالنفس وكيلًا بالخصومة إذا طلب نفس المدعى عليه ، وقد مر هذا ، ولا يجبر ذو اليد على نفقته عندنا ، بخلاف الرقيق ، والفرق في موضعه قد عرف .

١٤٤٤٨ - وإن قال المدعى عليه : لا كفيل لي ، قيل للمدعي : الزم المدعى عليه ،

والمدعي به آناء الليل والنهار لتصون به حقك؛ فإن كان الذي في يده فاسقًا معروفًا على ما في يده، وأبى أن يعطيه كفيلاً، وكان المدعي لا يطيق على الملازمة[1]، فالقاضي يقول للمدعي: أنا لا أجبر المدعى عليه على أن ينفق على الدابة، لكن إن شئت أن أضعها[2] على يدي عدل، فأنفق عليها، وإلا لا أضعها؛ لأن المقصود من الوضع على يدي العدل صيانة حق المدعي، وهو القضاء له بالدابة[3] متى زكيت شهوده، وهذا المقصود يفوت متى أبى المدعي الإنفاق؛ لأن المدعى عليه لا يجبر على إنفاقه.

وإن كان هو المالك في الظاهر، فلو لم ينفق المدعي على الدابة تتلف الدابة، فلا يحصل مقصود المدعي من الوضع على يدي العدل.

١٤٤٤٩- وفي المنتقى: رجل ادعى لؤلؤة في يدي رجل، وأقام شاهدين، وسأل وضع اللؤلؤة على يدي العدل، فإن لم يعدل شاهدًا، أقام شاهدين آخرين؛ لأنه كان يتخوف أن يبيعها، ولا يشهد شهوده إلا بالمعاينة، فإني أستحسن أن أضعها[4] على يدي عدل، وكذلك في كل شيء يحول من مكانه، ويخاف على أن يغيبه، فإن كانت جارية أو دابة، فنفقته عليه، يعني على المدعى عليه، وإن كان مثله يؤاجر آجرتها، أو أمرت العدل أن يؤاجرها

١٤٤٥٠- قال هشام: سألت محمدًا رحمه الله عن رجل في يده رطب، أو سمك طري، أو ما أشبه ذلك، فادعاه إنسان أنه له، وقدمه إلى القاضي، وهو مما يفسد إن تركه، وقال المدعي: بينتي في المصر أحضرهم، قال: لا أرتقب إلى ذلك، ولكن أقول له، يعني للمدعي: إن شئت أحلفه على دعواك، فإن حلف لم يكن لك منعه، وإن قال: أنا أحضر البينة[5] يعني اليوم، فإني أؤجله إلى قيام القاضي، وأقول للمدعي

(١) حرف على زيدت من م، وكان في الأصل: لا يطيقه بالملازمة.

(٢) وفي ظ: أضعه.

(٣) وكان في م: بالعبد، وهو مخالف للسياق، وكذا في بقية النسخ.

(٤) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ: يضعها.

(٥) وكان في الأصل: أحضر البينة، ثم حذفه الناسخ، وأقام المشتري على ذلك شاهدين، أو شاهدًا واحدًا واحتج يعني اليوم.

لا يضعها على يدي عدل؛ لأنه لا تهمة هنا في هذا الباب أيضاً.

١٤٥٤ - وفي باب النهاية في كتاب المصنف: أمة بين رجلين، يخاف كل واحد منهما صاحبه عليها، وقال أحدهما: تكون عندك يوماً وعندي يوماً، وقال الآخر: لا، بل نضعها على يدي عدل، فإني أجعلها عند كل واحد منهما يوماً، ولا أضعها على يدي عدل.

قال مشايخنا رحمهم الله: ويحتاط في باب الفروج في جميع المواضع مثل العتق في الجواري والطلاق في النساء في الشهادة وغير ذلك، إلا في هذه المواضع، فإنه لا يحتاط خشية ملكه. وهو بخلاف ما لو أخبر القاضي أن فلاناً يأتي جواريه في غير مأتى، ويستعملهن في الغناء، ويطأ زوجته في حالة الحيض، وأنه من غير استبراء، فلا يكون للقاضي عليه سبيل خشية ملكه. كذا هذا - والله أعلم بالصواب -.

## الفصل الثالث والعشرون
## في الرجلين يحكمان بينهما حكماً

يجب أن يعلم بأن التحكيم جائز، ثبت جوازه بقوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾[١]، وبما روي عن رسول الله ﷺ: أنه أنزل بني قريظة على حكم سعد بن معاذ[٢]، وبأثر عمر وعلي رضي الله عنهما.

وشرط جوازه أن يكون الحكم من أهل الشهادة؛ لأن الحكم بين المحكمين بمنزلة القاضي المولى في حق الكل، وإنما يصح تقليد القضاء لمن يصلح شاهداً، فكذا ههنا.

ويشترط أن يكون أهلاً للشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم جميعاً، حتى إنه إذا لم يكن أهلاً للشهادة وقت التحكيم، وصار أهلاً للشهادة وقت الحكم، بأن كان وقت الحكم[٣] عبداً فأعتق، وحكم لا ينفذ حكمه، هكذا ذكر صاحب الأقضية في الأقضية، والشيخ الإمام شيخ الإسلام رحمه الله في شرح كتاب الصلح، وهذا لما ذكرنا أن الحكم فيما بين المحكمين بمنزلة القاضي المولى في حق الكل، ثم أهلية الشهادة وقت التقليد ووقت القضاء في حق القاضي المولى شرط لصحة التقليد، فكذا ههنا، وقد ذكرنا مسألة العبد في فصل التقليد والعزل، بخلاف هذا.

وشرط أن يكون التحكيم فيما يملك المحكم إقامته بنفسه؛ لأن ولاية الحكم بحكم التحكيم، فيقتصر على ما يملك المحكم فيه إقامته بنفسه، وحكم هذا الحكم يفارق حكم القاضي المولى من حيث إن حكم هذا الحكم إنما ينفذ في حق الخصمين، ومن رضي بحكمه، ولا يتعدى إلى من لم يرض بحكمه، وجعل في حق من لم يرض بحكمه كأنه حكم واحد من الرعايا، بخلاف القاضي المولى.

...

(١) سورة النساء، الآية ٣٥

(٢) ذكره ابن حجر في الاستيعاب ٢/ ٩٧.

(٣) هكذا في الأصل.

١٤٤٥٥ - ذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد: في رجلين حكما بينهما حكماً في خصومة، قال: لا يجوز حكم من لا تجوز شهادته، لا عبد، ولا صبي، ولا محدود في قذف، ولا ذمي، فقد ذكرنا أن من شرط جواز التحكيم أن يكون الحكم من أهل الشهادة، وهؤلاء لا يصلحون شهوداً، فلا يصلحون حكماً، وكما لا يصح التحكيم للحال لا يصح مضافاً أيضاً، حتى لو عتق العبد، أو بلغ الصبي، أو أسلم الذمي، وحكم، لا ينفذ حكمه.

فرق بين هذا، وبينما إذا وكل محمد رجلاً بالشراء، حيث تصح الوكالة مضافاً إلى ما بعد العتق، وإن كان لا يصح للحال. والفرق أما على قول أبي يوسف رحمه الله؛ فلأن عنده إضافة التحكيم إلى وقت في المستقبل لا تصح، فلا يمكن تصحيحه مضافاً عند تعذر تصحيحه للحال، وأما على قول محمد رحمه الله؛ وإن كان عنده إضافة التحكيم إلى وقت في المستقبل، وإن كانت صحيحة إلا أن التحكيم ههنا حصل مرسلاً، والمرسل لا يصير مضافاً أصلاً، ألا ترى أنه لو قال لها: أنت طالق، ونوى الإضافة إلى الغد لا يصح.

ولا يقول: إن الوكالة تصح باعتبار الإضافة، بل تصح باعتبار الحال؛ لأن العبد من أهل الشراء، ولهذا لو اشترى يجوز شراؤه إلا أن الشراء يتوقف على إجازة المولى والأمر من أهل الشراء أيضاً، فيصح الأمر من العبد بالشراء للحال، إلا أنه يتوقف نفاذه إلى ما بعد العتق لما قلنا، وههنا أن العبد ليس من أهل أن يلزمه حكم الشراء، فأما تحكيم العبد في الحال لم يصح؛ لأن العبد ليس من أهل الحكم.

فرق بين العبد في هذه الصورة، وبينما إذا تحمل الشهادة وهو عبد، ثم عتق، حيث يجوز له أن يشهد، وإن حصل التحمل حال عدم الأهلية، والفرق: أن التحمل يحصل بالعلم والعبد في حق حصول العلم له بالسماع، أو بالمعاينة ونحوه سواء، فصح التحمل، وإذا صح التحمل أمكنه الأداء بعدما صار أهلاً للأداء بالحرية، فأما التحكيم أمر بالقضاء، والأمر تطلب المأمور به، وإنما يصح طلب الشيء ممن يتصور منه ذلك الشيء للحال، والقضاء من العبد لا يتصور له في الحال؛ لأنه ليس من أهل القضاء للحال، وإذا لم يصح الأمر عند وجوده والعدم بمنزلة

قياس مسألة التحمل من مسألة أنه لو وقع الخلل في التحمل، حتى لم يقع العلم بسبب التحمل، وهناك لو أراد أداء الشهادة بذلك التحمل بعد العتق لم يقدر عليه، ولو حكمًا أعمى، أو فاسقًا في «الأقضية»: أنه لا يجوز، وهذا الجواب في حق الفاسق مستقيم على الرواية التي قال: إن الفاسق لا يصلح قاضيًا؛ أما على الرواية التي قال: يصلح قاضيًا، لكن غيره أولى يصلح حكمًا من الطريق الأولى.

قال في «الأقضية»: ويجوز أن يجعلا بينهما امرأة، يعني يجوز إذا حكما بينهما امرأة، وأراد به فيما سوى الحدود والقصاص؛ لما ذكرنا أن التحكيم يبنى على الشهادة، والمرأة تصلح شاهدة فيما سوى الحدود والقصاص فتصلح حكمًا، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يجوز التحكيم معلقًا بالأخطار، ولا مضافًا إلى وقت في المستقبل، وقال محمد رحمه الله: يصح صورة التعليق إذا قال لعبد: إذا أعتقت، فاحكم بيننا، أو قالا لرجل: إذا أهل الهلال، فاحكم بيننا.

١٤٤٥٦- صورة الإضافة: إذا قالا لرجل: جعلناك حكمًا غدًا، أو قالا: رأس الشهر، فوجه قول محمد رحمه الله: إن التحكيم تولية وتفويض؛ لأن كل واحد من الخصمين بالتحكيم يفوض إلى الحكم ما كان إليه من ذلك بنفسه، فأشبه القضاء، وتقليد القضاء يجوز مضافًا ومعلقًا، فكذا الحكومة.

وجه قول أبي يوسف رحمه الله: إن التحكيم صلح معنى؛ لأنه لا يثبت إلا بتراضي الخصمين، والمقصود منه قطع منازعة تحققت بينهما، وهذا هو معنى الصلح، فلا يصح معلقًا ومضافًا قياسًا على سائر المصالحات، بخلاف القضاء والإمارة؛ لأنه تفويض وتولية حقيقة ومعنى ليس فيهما معنى الصلح؛ لأن الصلح لا يثبت إلا بالتراضي، ولا يثبت إليه إلا لقطع منازعة تحققت، وهذا الحد لا يوجد في القضاء والإمرة.

فأما التحكيم إن كان تفويضًا من الوجه الذي قلتم، ففيه معنى الصلح من الوجه الذي قلنا، فلئن كان يصح تعليقه وإضافته من الوجه الذي قلتم، لا يصح من الوجه الذي قلنا، فلا يصح بالشك، وإذا اصطلحا على حكم يحكم بينهما على أن يسأل فلانًا الفقيه، ثم يحكم بينهما بقوله جاز.

١٤٤٥٧ - وكذا إذا اصطلحا على حكم بينهما على أن يسأل فقيهًا، ثم يحكم بينهما، لما ذكرنا أن الحاكم المحكم فيما بين المتخاصمين بمنزلة القاضي المولى، وشرط هذا الشرط في تقليد القضاء يجوز، فكذا إذا شرط في التحكيم، فإن سأل ذلك الفقيه في الفصل الأول، وحكم بينهما بقوله جاز، وهذا ظاهر، وإذا سأل فقيهًا واحدًا في الفصل الثاني، وحكم بقوله جاز أيضًا؛ لأن اللام إذا لم تكن لتعريف المعهود تكون لاستغراق الجنس والحكم المعلق بالجنس يتعلق بأدنى ما يطلق عليه اسم الجنس، عرف ذلك في موضعه، وإذا اصطلحا على حكم يحكم بينهما في يومه هذا، أو في مجلسه هذا، فهو جائز.

ألا ترى أنه جاز تقليد القضاء موقتًا، فكذا التحكيم، فإن مضى ذلك اليوم، أو قام عن مجلسه ذلك، لا يبقى حكمًا، فرق بين الحكومة وبين الوكالة على إحدى الروايتين، فإن الوكالة لا يتوقف على إحدى الروايتين، حتى إن من قال لغيره: بع عبدي اليوم، فباعه غدًا جاز استحسانًا على إحدى الروايتين.

والفرق أن اليوم في الوكالة يذكر للتعجيل عُرفًا وعادة، فكأنه قال للوكيل: بع عبدي هذا، وعجّل، ولو قال: هكذا ولم يتعجل، يبقى وكيلا كذا هنا.

أما ذكر اليوم في باب الحكومة إن كان يراد به التعجيل في جانب من يتوجه الحكم له، لا يراد به التعجيل في جانب من يتوجه عليه الحكم؛ لأنه لا يريد التعجيل، إنما يريد التأقيت، فبعد مضي الوقت إن كان يبقى حكمًا في حق من يتوجه له القضاء، لا يبقى حكمًا في حق من يتوجه عليه القضاء، فلا يبقى حكمًا بالشك.

١٤٤٥٨ - وإذا رفع حكم الحاكم المحكم إلى القاضي المولى، فالقاضي المولى ينظر في حكمه، فإن كان موافقًا لرأيه نفذه، وإن كان مخالفًا لرأيه أبطله، وإن كان مما يختلف فيه الفقهاء رحمهم الله أبطله أيضًا.

فرق بين هذا وبين القاضي المولى إذا قضى في حادثة اختلف فيه الفقهاء، ورفع ذلك إلى قاضي آخر يرى خلافه، ليس له أن يبطله

والفرق أن كون الأول قاضيًا ظهر في حق الناس كافة؛ لما أن الأول استفاد الولاية ممن له ولاية على الناس كافة، فكما نفذ قضاء الأول في حق المتخاصمين، نفذ في حق

سائر المسلمين وقضاتهم. فلو جاز من القاضي الآخر نقضه إن كان مخالفاً لرأيه أدى إلى نقض ما أدى بالاجتهاد باجتهاد مثله، وأنه لا يجوز، وأما كون الحكم حكماً لم يظهر في حق غير المتخاصمين؛ لأنه استفاد الولاية من جهة المتخاصمين، وولايتهما مقصورة عليهما، وقد كان للقاضي المولى قبل هذا الحكم رأى في هذه الحادثة. كان يحكم به، فلو لم يجز نقض هذا الحكم إن كان مخالفاً لرأيه، يظهر نفاذ حكم الحكم في حقه، ويظهر كونه حكماً في حقه، وأنه لا يجوز.

١٤٤٥٩- وإذا اصطلح الرجلان على حكم يحكم بينهما، ولم يعلماه، ولكنهما قد اختصما إليه، وحكم بينهما جاز؛ لأنهما لما توجها إليه للخصومة، فقد أعلماه، فصار حكماً بينهما، فيجوز الصلح. وإذا اصطلحا على غائب ليحكم بينهما، فقدم وحكم بينهما، جاز.

وإذا اصطلحا على أن يحكم بينهما فلان أو فلان، فأيهما حكم بينهما جاز؛ لأن التحكيم صح أو تفويض، وإنما كان يجوز مع هذا النوع من الجهالة، أما الصلح فلأنه لو صالح على عبدين على أن المدعى بالخيار يأخذ أيهما شاء، ويترك الآخر جاز، وأما الوكالة فإنه لو قال رجل: وكلت هذا، أو هذا ببيع عبدي هذا يجوز، وإذا تقدما إلى أحدهما عيناه للخصومة، فلا يبقى الآخر حكماً، كما في مسألة الوكالة إذا باع أحدهما العبد الذي وكل ببيعه، فإنه يخرج الآخر عن الوكالة.

١٤٤٦٠- وإذا اصطلحا على أن يحكم بينهما أول من يدخل المسجد، فذلك باطل؛ لأن الجهالة هنا أبين وأظهر، ألا ترى أن لو قال: أول من يدخل المسجد هذا، فقد وكلته ببيع هذا العبد لا يجوز، وهو نظير ما لو قال: إذا جاءت بضاعتي، فقد وكلت رجلا من عرض الناس ببيعها، وذلك لا يجوز كذا هنا.

١٤٤٦١- ولو سافر الحكم أو مرض، فأغمي عليه، ثم قدم من سفره، أو برأ، ثم حكم جاز، والأصل في هذا أن الحكومة متى صحت لا يخرج الحكم عن الحكومة إلا بانتهاء الحكومة، فإن كانت مؤقتة أو تقييد الحكومة، أو يخرج الحكم من أن يكون أهلا للحكومة باعتراض ردة، أو ما أشبه ذلك، أو بالعزل؛ لأن الحكم فيما بين المتخاصمين بمنزلة القاضي المولى، والقاضي المولى لا يخرج عن القضاء إلا بأحد ما ذكرنا من

الأسباب، كذا ههنا.

إذا ثبت هذا، فنقول: بالسفر والمرض لا يخرج من أن يكون أهلاً للحكومة، فيبقى على حكومته، ولو عمي الحكم ثم ذهب العمى وحكم لم يجز؛ لأن بالعمى خرج من أن يكون أهلاً للحكومة، ألا ترى أن القاضي المولى يخرج عن القضاء بالعمى، فكذا الحكم، ثم فرق بين الحكم والقاضي وبين الشاهد، فإن الشاهد إذا عمي بعد تحمل الشهادة، ثم زال العمى وشهد جاز.

والفرق أن كونه غير شاهد لا يمنع ابتداء التحمل؛ ألا ترى أنه لو تحمل وهو صبي أو عبد، ثم بلغ الصبي، أو عتق العبد، وأدى جاز، فلأن لا يمنع بقاء التحمل أولى، أما كونه غير شاهد يمنع ابتداء القضاء والتحكيم، فيمنع البقاء؛ لأن ما ليس بلازم بالابتداء فليقاؤه حكم الإنشاء، ولو ارتد عن الإسلام، ثم أسلم وحكم لا يجوز حكمه؛ لأن بالارتداد يخرج من أن يكون أهلاً للحكومة، ألا ترى أن القاضي المولى يخرج من أن يكون أهلاً للقضاء بالارتداد، فكذا الحكم، هكذا في "الأقضية"، وقد ذكرنا فصل العمى والارتداد في فصل التقليد والعزل، بخلاف ما ذكر ههنا.

ولو وجه الحكم القضاء على أحدهما يريد به أن الحكم قال لأحد الخصمين: قامت عندي الحجة بما ادعي عليك من الحق، ثم إن الذي توجه عليه الحكم عزله، ثم حكم بعد ذلك عليه، لم ينفذ حكمه عليه، فقد صحح العزل من أحدهما، وأنه مشكل؛ لأنه صار حكماً باتفاقهما، فينبغي أن لا يخرج من الحكومة إلا باتفاقهما.

والوجه في ذلك أن اتفاقهما إنما شرط لصيرورته حكماً؛ لأن في التحكيم إثبات الولاية عليهما، فلا بد من اتفاقهما، إذ ليس لأحدهما ولاية على صاحبه، أما ليس في العزل إثبات الولاية على الغير، بل فيه إبطال ما ثبت للحكم عليه من الولاية بتحكيمه، وإبطال ما ثبت له من الولاية بتحكيمه قبل تنفيذ القضاء جائز، وكان بمنزلة الشركات لا يثبت إلا بتراضيهما؛ لما فيه من إثبات الولاية على الغير، ثم ينتقض بنقض أحدهما، إذ ليس في النقض إثبات الولاية على الغير، كذا ههنا.

١٤٤٦٢ - وإذا وكل أحد الخصمين الحكم بالخصومة، وقبل الحكم الوكالة خرج عن الحكومة؛ لأن بقبول الوكالة خرج من أن يكون شاهداً لصيرورته خصماً، والخصم

لا يصلح شاهدًا، فيخرج من أن يكون حكمًا أيضًا، هكذا ذكر في «الأقضية». بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: هذا الجواب إنما يستقيم على قول أبي يوسف رحمه الله؛ لأن على قوله الوكيل بمجرد قبول الوكالة يصير خصمًا، حتى لو عزل قبل الخصومة، فشهد لموكله لا تقبل الشهادة، أما لا يستقيم على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن على قولهما الوكيل بمجرد قبول الوكالة لا يصير خصمًا ما لم يخاصم، حتى لو عزل قبل الخصومة، ثم شهد لموكله، قبلت شهادته، وإذا لم يصر خصمًا بمجرد قبول الوكالة، لا يخرج عن الحكومة بمجرد قبول الوكالة، حتى لو عزل في الحال، ويحكم ينفذ حكمه.

ومنهم من قال: لا، بل ما ذكر ههنا قول الكل، ووجه ذلك أن التوكيل بالخصومة توكيل بالخصومة في مجلس القاضي؛ لأن مجلس الخصومة مجلس القاضي، فيصير وكيلاً بالخصومة إذا حضر مجلس القاضي للخصومة، فصار التوكيل كالمضاف إلى حضوره، فإذا عزل قبل حضوره مجلس القاضي، فقد عزل قبل صيرورته وكيلاً، وقبل صيرورته خصمًا، فأما الحاكم المحكم يصير خصمًا بمجرد قبول الوكالة؛ لأنه فيما بينهما بمنزلة القاضي المولى، فمجلسه يكون كمجلس القاضي، وأنه لا يكون غائبًا عن مجلسه، فكما قبل الوكالة يصير خصمًا، فيخرج عن الحكومة.

١٤٤٦٣- وإذا اشترى الحكم العبد الذي اختصما إليه فيه، أو اشتراه ابنه، أو أحد ممن لا تجوز شهادته له، فقد خرج من الحكومة، أما إذا اشترى العبد فلأنه صار خصمًا عن أحد الخصمين، فإن بعد ما اشتراه الحكم يحتاج إلى إثبات الملك لبائعه ليمكنه الإثبات لنفسه بالتلقي منه، وأما إذا اشتراه أحد ممن لا تجوز شهادته له، فلأنه يصير عاقدًا، وهو لا يصلح حاكمًا له؛ لأنه لا يصلح شاهدًا له.

١٤٤٦٤- وإذا قال الحكم: قامت لفلان بينة عندي على فلان بكذا وكذا، وقضيت له به لفلان على فلان، فأنكر فلان البينة والقضاء، فإن قضاءه ماضٍ عليه(١).

١٤٤٦٥- وكذلك إذا قال الحكم: أقر فلان عندي لفلان بكذا، وقضيت بها عليه، وقال فلان: ما أقررت بذلك، وما قضيت بها علي، فإن قضاءه ماضٍ عليه؛ لأن الحكم

(١) وفي الأصل: «فإن القضاء ماضي عليه».

فيما بين المتخاصمين بمنزلة القاضي المولى، والقاضي المولى لو قال على نحو ما قاله الحكم، كان قوله صحيحًا، فكذا قول الحكم.

فإن قيل: أليس أن الحكم قد خرج عن الحكومة بالحكم؟ فحين أخبر أنه قضى عليه بإقراره، فهو ليس بحكم، فينبغي أن لا يصدق في ذلك، كالقاضي بعد العزل إذا قال: قضيت بهذا على هذا بكذا.

قلنا: الحكم إنما يخرج عن الحكومة إذا حكم فيما بين المتخاصمين، وفي زعم المدعى عليه أنه لم يقض بعد، فإنه أنكر القضاء بعد العزل، وأنه على حكومته، ففي زعم المدعى عليه أنه يخبر(١) على الحكم، وهو حكم، فيعامل معه بزعمه، وصار كالوكيل بالبيع إذا قال: كنت بعت أمس، وكذبه الموكل، فإنه يصدق الوكيل، وإن كانت الوكالة تنتهي بالبيع؛ لأن في زعم الموكل أنه لم يبع، وأن وكالته لم تنته، وإنما أخبر عن البيع حال قيام الوكالة، فيعامل معه بزعمه، كذا هنا.

١٤٤٦٦- وإذا شهد شاهدان أن هذا الحكم قضى لهذا على هذا بألف درهم، وشهد آخران أن هذا الحكم أبرأه هذا عن الألف التي ادعاها هذا، والحكم ميت أو غائب، أو حاضر إلا أنه يجحد الحكم، ويقر بالتحكيم، فإني أقضي بالبراءة؛ لأن المدعى عليه لما ادعى البراءة فقد أقر بالدين، وموقع الاستغناء عن قبول بينة الطالب لإقرار المدعى عليه، ويدعي عليه بعد ذلك البراءة بالبينة من غير معارضة، فتقبل بينته. ألا ترى أنه لو كان مكان الحكم قاض مولى، كان الحكم ما ذكرنا للمعنى الذي أشرنا إليه، كذا هنا.

١٤٤٦٧- ولو كانت الخصومة في دار، وشهد شاهدان لأحد الخصمين أن الحكم قضى لهذا بالدار، وشهد شاهدان آخران للخصم الآخر أن الحكم قضى بها لهذا، تهاترت البينتان، وتترك الدار في يد من كانت قبل هذه القضاء تركًا؛ لأنه تعذر العمل بالبينتين؛ لأن إحداهما كاذبة بيقين، وتعذر العمل بإحداهما، إذ ليست إحداهما بالعمل بها أولى من الأخرى.

١٤٤٦٨- ولو كانت الخصومة بينهما في ألف درهم، وأقام المدعي بينة أن الحكم قضى له على المدعى عليه بالألف التي ادعاها يوم السبت، وأقام المدعى عليه بينة أن

---

(١) هكذا في الأصل وم، وكذا في ط: أنه يخبر.

المدعى عليه ، أخرجه عن الحكومة قبل ذلك ، فحكمه باطل ؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت عياناً ، ولو عاينا أن المدعى عليه أخرج الحكم[1] عن الحكومة قبل يوم السبت ، ثم إن الحكم حكم عليه بعد يوم كان حكمه باطلاً ، كذا هنا

١٤٤٦٩ - قال : ولو كان المدعي أقام البينة أن الحكم قضى له بالمال يوم الجمعة ، وأقام المدعى عليه بينة أن الحكم أبرأه عن المال يوم السبت ، أو أقام المدعى عليه بينة أن الحكم قضى بالمال يوم السبت ، فإن القضاء الأول نافذ ، والقضاء الثاني باطل ، وهذا لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت عياناً ، ولو عاينا قضاءين على الترتيب الذي ادعيا ، كان الأول نافذاً ، والثاني باطلاً ؛ لأن الحكومة قد انتهت بالقضاء الأول لحصول المقصود ، وهو فصل الخصومة ، والحكم الثاني يكون بعد خروجه عن الحكومة ، فيقع باطلاً ؛ وحكم الحكم بالطلاق والنكاح والعتاق والكتابة ، والكفالة بالنفس والكفالة بالمال ، والشفعة والنفقة والديون ، والقروض والبيوع والقصاص ، وأرش الجراحات ، وقطع يد عمد ، وسائر حقوق العباد بينهم ، فهو جائز إذا وافق رأي القاضي ، أما الطلاق والعتاق وسائر الحقوق المالية : فلا شك في جواز التحكيم فيها ؛ لأن حكم الحكم[2] صلح من وجه ، وتفويض من وجه ، وأياً ما كان فهو جائز ، وأما القصاص فقد نص على جواز التحكيم فيها ههنا .

وفي صلح الأصل ، وعن أبي حنيفة رحمه الله : أنه لا يجوز ، وهكذا ذكره الخصاف رحمه الله في أدب القاضي ، ووجه ذلك أنه صلح من وجه ، ولا يجوز استيفاء القصاص بالصلح ؛ ولأنه ليس بحجة في حق غير المحكمين ، فكان فيه شبهة ، والقصاص لا يستوفى مع الشبهات ، وجه ما ذكر هنا ، وفي الأصل : أن القصاص من حقوق العباد ، وهما يملكان الاستيفاء بأنفسهما ، فيملكان التفويض إلى غيرهما قياساً على سائر حقوق العباد .

وأما أرش الجراحات فإن كانت بحيث لا تتحملها العاقلة ، وتجب في مال الجاني ، بأن كانت دون أرش الموضحة ، وهو خمس مائة درهم ، أو يثبت ذلك بالإقرار ، أو

---

(١) وكان في الأصل : أخرجه الحكم .

(٢) وفي م : حكم الحاكم .

النكول، أو كان عمداً، وقضى على الجاني جاز؛ لأنه لا يخالف حكم الشرع، وقد رضي الجاني بحكمه عليه، فيجوز، وإن كانت بحيث يتحملها العاقلة، بأن كانت خمس مائة فصاعداً، وقد ثبت بالبينة، وكان خطأ، لا يجوز قضاؤه بها أصلاً؛ لأنه إن قضى بها على الجاني فقد قضى بخلاف الشرع، وإن قضى بها على العاقلة، والعاقلة ما رضوا به.

١٤٤٧٠ - وفي "أدب القاضي" للحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله: أن الحكم في فصل الخطأ إن قضى بالدية على العاقلة لم يجز، وإن قضى بها على القاتل جاز، وأما قطع اليد عمداً إن قطع يد الحر فحكمه وجوب القصاص، وقد بيّنا الكلام في جواز التحكيم والقصاص، وإن قطع يد عبد، فحكمه وجوب نصف القيمة في مال القاطع، فجاز قضاؤه عليه بالمال؛ لأنه رضي بحكومته، وحكم الحاكم جائز في الأموال باتفاق الروايات، وقوله في الكتاب: فهو جائز إذا وافق رأي القاضي، معناه أن للقاضي المولى أن يبطل حكم الحاكم إذا خالف رأيه، قال: ولا يجوز التحكيم في شيء من الحدود، لا زنا، ولا شرب خمر، ولا سرقة، ولا لعان، ولا قذف، وإن فعل ذلك، فهو باطل؛ لأنهما لا يملكان إقامة ذلك بأنفسهما، فلا يملكان التفويض إلى الغير، ويجوز التحكيم في تضمين السرقة؛ لأنه خالص حق المسروق منه، وله ولاية الاستيفاء، ويجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون، كما يجوز تحكيم الحر؛ لأنا إن اعتبرنا التحكيم بالصلح، فصلح المكاتب، والعبد المأذون صحيح.

وإن اعتبرناه بالتفويض فيهما[1] في تفويض ما يملكان بأنفسهما إلى غيرهما بمنزلة الحر، ولا يجوز كتاب الحكم بحكم إلى القاضي؛ لأنه في حقه بمنزلة واحد من الرعايا والقاضي لا يقضي بكتاب واحد من الرعايا، وكذلك لا يجوز كتاب القاضي إلى حكم حكمه رجلان بشهادة شهود شهدوا عنده؛ لأنه في حقه بمنزلة واحد من الرعايا، وكذلك لا ينبغي للحكم أن يقضي بكتاب كتبه قاض إلى قاض آخر.

١٤٤٧١ - وإذا حكما رجلاً، فجعل الحكم الحكم إلى غيره لم يجز إلا برضاء الخصمين؛ لأنهما إنما رضيا بحكمه، أما ما رضيا بحكم غيره، فلو أن الثاني حكم بينهما بغير رضاهما، وأجاز الأول حكمه، ذكر في الكتاب أنه باطل، بعض مشايخنا رحمهم

(١) وكان في الأصل: وإن اعتبرنا التفويض فيهما.

ثم قالوا: ما ذكر من الجواب لا يكاد يصح على قول علمائنا؛ لأن الحكم إما أن يعتبر بالوكيل الذي لم يؤذن له بالتوكيل، أو بالقاضي[1] الذي لم يؤذن له بالاستخلاف، وأي الأمرين اعتبرنا يجب أن يكون إجازة الأول حكم الثاني صحيحاً، فإن القاضي الذي لم يؤذن له بالاستخلاف، إذا أجاز حكم خليفته جاز، والوكيل الذي لم يؤذن له في التوكيل إذا أجاز تصرف وكيله يجوز، والذي يؤيد هذا القول مسألة ذكرها محمد رحمه الله في السير الكبير.

وصورتها: إذا نزل قوم من أهل الحرب على حكم رجل من المسلمين، فحكم فيهم غيره بغير رضاهم لا يجوز، وإن أجاز ذلك الحكم هذا الحكم يجوز.

ومنهم من قال: هذا الجواب صحيح على قياس ما ذكر في بعض روايات كتاب الوكالة: أن الوكيل الذي لم يؤذن له في التوكيل إذا أجاز تصرف وكيله لا يجوز، وعلى قياس هذه الرواية: لو أجاز القاضي الذي لم يؤذن له في الاستخلاف حكم خليفته لا يجوز أيضاً، وعلى قياس الرواية الأخرى: أن الوكيل لو أجاز تصرف وكيله يجوز، ولو أجاز القاضي حكم خليفته، أو أجاز الحكم حكم حكمه، يجوز أيضاً، فإذاً في الحاصل في المسائل كلها روايتان، ويستوي وجه الروايتين في وكالة الأصل، فإن الوكيل بالخصومة لا يملك التحكيم؛ لأن التحكيم صلح معنى، والوكيل بالخصومة لا يملك الصلح، وإن وكله بالخصومة، وأجاز صنعه جاز التحكيم، وهذا ظاهر.

١٤٤٧٢ - ولو حكم رجلان رجلاً بينهما، وحكم لأحدهما، ثم اصطلحا على حكم آخر، فالثاني ينظر في حكم الأول إن كان عدلاً أمضاه، وإن كان جوراً أبطله؛ لأن الحكم فيما بين المتخاصمين بمنزلة القاضي المولى، والقاضي المولى إذا قضى بين اثنين ثم رفع قضاؤه إلى قاضٍ آخر، نظر القاضي الثاني في قضائه على نحو ما بينا.

١٤٤٧٣ - وإذا رد الحكم شهادة شهود شهدوا عنده بتهمة، ثم شهد أولئك الشهود عند قاضٍ آخر، أو عند حاكم آخر، فإنه يسأل عنهم، فإن عدلوا أجاز شهادتهم، وإن جرحوا ردهم؛ لأن الحكم في حق غير المتخاصمين بمنزلة واحد من الرعايا، فلا يعمل رده في حق قاضٍ، ولا في حق حاكم آخر، بخلاف ما إذا رد القاضي المولى شهادتهم؛

---

(1) في الأصل: أو القضاء.

لأن رده يظهر في حق الناس كافة ، فلا يكون لأحد أن يعمل بتلك الشهادة بعد ذلك .

١٤٤٧٤ - وإذا أبي الخصمان حكم الحكم ، وقالا : لم يحكم بيننا ، وقال الحكم : لا ، بل قد حكمت بينهما ، فإنه يُصدق الحكم ما دام في مجلس الحكومة ؛ لأنه حكى أمراً يملك استئنافه في زعم المتخاصمين ، وبعد ما قام عن مجلس الحكومة لا يصدق ؛ لأنه حكى ما لم يملك استئنافه ، وإذا اصطلحا على حكم يحكم بينهما ، وأجاز القاضي حكومته قبل أن يحكم بينهما ، فهذه الإجازة من القاضي لغو ، حتى لو حكم الحاكم ، بخلاف رأي القاضي ، فللقاضي أن يبطله ؛ لأن هذه الإجازة لو اعتبرت إما أن يعتبر لنفاذ التحكيم ، ولا وجه إليه لأن التحكيم نفذ من الخصمين لا توقف فيه ، فلا تعمل الإجازة فيه ؛ لأن الإجازة إنما تعمل في الموقوف لا في غير الموقوف ، وإما أن يعتبر لنفاذ الحكم ، ولا وجه إليه أيضاً ؛ لأن الحكم(١) لم يوجد ، وإجازة الشيء قبل وجوده باطلة ، فصار وجود هذه الإجازة والعدم بمنزلة .

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله : وهذا الجواب صحيح فيما إذا لم يكن القاضي مأذوناً في الاستخلاف ، فأما إذا كان مأذوناً في الاستخلاف يجب أن يجوز إجازته ، وتجعل إجازة القاضي بمنزلة استخلافه إياه في الحكم بينهما ، فلا يكون له أن يبطل حكمه بعد ذلك .

١٤٤٧٥ - وإذا حكم رجل بين رجلين ، ولم يكونا حكماه ، فقالا بعد حكمه : رضينا بحكمه ، وأجز ما عليه ، فهو جائز ؛ لأن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء ، ولو أذنا له بالحكم بينهما في الابتداء جاز ، فكذا إذا أجازا حكمه في الانتهاء .

١٤٤٧٦ - وإذا اصطلح رجلان على أن يبعث كل واحد منهما حكماً من أهله ، فهو جائز ، وإذا قضى أحدهما على أحد الخصمين ، وقضى الآخر على الخصم الآخر لا يجوز ؛ لما ذكرنا أن الحكم في حق المتخاصمين بمنزلة القاضي المولى ، والقاضي المولى إذا كان اثنين لا ينفرد أحدهما بالقضاء ؛ لأن القضاء أمر يحتاج فيه إلى الرأي ، والخليفة رضي برأي المثنى لا برأي الواحد ، كذا ههنا الخصمان رضيا برأي المثنى ، فلا ينفرد أحدهما بالحكم .

---

(١) وفي الأصل : لأن التحكيم لم يوجد .

١٤٤٧٧ - وعلى هذا قالوا: إذا اصطلح مسلم وذمي على مسلم وذمي يحكمان بينهما، وحكما جميعاً للمسلم على الذمي جاز؛ لأنهما يصلحان حكماً على الذمي، فيصلحان شاهدين عليه، ولو حكما للذمي على المسلم لا يجوز؛ لأن الذمي لا يصلح حكماً على المسلم، فخرج من البين؛ وتعذر تنفيذ حكم المسلم أيضاً، وإن صلح حكماً عليه؛ لأنه ما رضي برأيه وحده، وعلى هذا المسلمان إذا حكما حراً وعبداً بينهما، فحكم الحر بينهما لم يجز؛ لأن العبد لا يصلح حكماً، فخرج هو من البين، بقي الحر منفرداً، وهما ما رضيا برأي المنفرد.

١٤٤٧٨ - وإذا حكم الذميان ذمياً يحكم بينهما، ثم أسلم أحد الخصمين، فقد خرج الحكم من الحكومة، هكذا ذكر في الكتاب، وأراد بقوله: خرج من الحكومة يعني خرج عن الحكومة في حق الحكم على المسلم، أما في حق الحكم على الذمي، يبقى حكماً، وهذا لما عرف أن البقاء معتبر بالابتداء، والذمي يصلح لابتداء التحكيم على الذمي، فيصلح البقاء به حكماً عليه، ولا يصلح لابتداء التحكيم على المسلم؛ فلا يصلح لبقائه حكماً، ويجوز حكم الحاكم للمحكم[1] في الطلاق المضاف إليه، أشار في صلح الأصل.

وفي[2] أدب القاضي للخصاف رحمه الله: قال استثنى من حكمه في صلح الأصل الحدود، وفي أدب القاضي: استثنى الحدود والقصاص، فهذا إشارة إلى أن ما عدا ذلك داخل في حكمه، وهو الصحيح من المذهب، لكن كثير من مشايخنا رحمهم الله امتنعوا عن الفتوى في الطلاق المضاف وأمثاله كيلا يتجاسر العوام، فيؤدي إلى التهاون بأحكام الشرع.

١٤٤٧٩ - وإذا حلف الحكم أحد الخصمين، ونكل عن اليمين، وقضى عليه، فقال المقضي عليه: لا أجيز حكمه علي، وأحلف، فحكمه عليه ماض، ألا ترى أن المقضي عليه لما كان من جهة القاضي لو أراد أن يرد ذلك عليه ليس له ذلك، كذا هاهنا؛ لما مر أن الحكم فيما بين المتخاصمين بمنزلة القاضي المولى.

---

(١) وفي الأصل: حكم الحكم للمحكم.

(٢) وفي الأصل: في أدب من غير واو.

ولو كان المدعي من الابتداء أقام البينة على دعواه وعدلوا، وحكم الحاكم بها على المدعى عليه جاز، كما يجوز من القاضي المولى، فإن أنكر المقضي عليه الحكم، أو أنكر التحكيم، وادعى المدعي ذلك، كان للمدعي أن يحلفه؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف عليه، كما في سائر الدعاوى، فإن نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه.

وإن كان المدعي أقام بينة على ما ادعى من التحكيم، والحكم ينظر إن كان الشهود الذين شهدوا على التحكيم والحكم غير الذين جرى الحكم بشهادتهم، قبلت شهادتهم، وإن كانوا هم الذين جرى الحكم بشهادتهم، لا تقبل شهادتهم، لتمكن التهمة في الفصل الثاني؛ لأنهم يريدون تصحيح شهادتهم الأولى، وإلزام حكمه بواسطة [illegible]، ومثل هذه التهمة منتفية عن شهادتهم في الفصل الأول.

١٤٤٨٠ - وفي «الزيادات»: إذا رفع حكم الحكم في المجتهدات إلى قاضٍ يرى خلاف ما حكم، فنفذه مع ذلك، ثم رفع إلى قاض آخر، يرى رد حكم الحكم أيضًا، فالقاضي الثاني لا يرده؛ لأن إجازة القاضي حكم الحكم بمنزلة إنشاء القضاء منه، والقاضي إذا قضى في المجتهدات بخلاف رأيه ينفذ قضاؤه، وقد ذكرنا هذا الفصل مع ما فيه من الخلاف فيما تقدم.

وإن لم يكن القاضي مأذونًا بالاستخلاف، فأمر رجلًا حتى حكم بين اثنين، وأجاز القاضي حكم ذلك الحكم، قد ذكرنا أنه ينفذ حكمه على إحدى الروايتين، ولكن هذا إذا كان الحكم ممن يصلح قاضيًا، وإن كان لا يصلح قاضيًا كالعبد والصبي وغيرهما؛ لا ينفذ حكمه بإجازته باتفاق الروايات، وإن كان ممن يختلف الفقهاء في صلاحيته للحكومة، نفذ حكمه بإجازته؛ لأن إجازة القاضي حكم الحكم قضاء من القاضي بأهليته، وأنه مجتهد فيه. وقضاء القاضي في المجتهدات نافذ.

١٤٤٨١ - وإذا حكما رجلًا فيما بينهما، فقضى لأحدهما على صاحبه باجتهاده، ثم رجع عن قضائه، وقضى للآخر، فإن القضاء الأول ماض، والقضاء الثاني باطل؛ لما ذكرنا أن الحكم في حق الخصمين بمنزلة القاضي المولى في حق الناس كافة، والقاضي المولى متى قضى بحادثة باجتهاده، ثم أراد أن ينقض ذلك القضاء، ويقضي بخلافه [illegible]

ثالث الحادثة، ليس له ذلك، كذا هنا.

وإذا اصطلح الرجلان على حكم يحكم فيما بينهما، فقضى لأحدهما على صاحبه في بعض الدعاوى التي حكّماه في ذلك، ثم رجع المقضي عليه عن تحكيم هذا الحاكم فيما بقي بينهما من الدعاوى، فإن قضاءه الأول نافذ، وما يقضي بعد ذلك لا ينفذ؛ لما ذكرنا أن عزل كل واحد منهما المحكم عامل فيما لم يقض بعد، وأما فيما قضى ووقع الفراغ عنه، فإنه لا يعمل عزله، وكان كالوكيل ببيع عبدين إذا باع أحدهما، ثم عزل الموكل عمل عزله فيما لم يبع، ولم يعمل فيما باع، فكذلك هنا.

١٤٤٨٢ - قال: وإذا اصطلح الخصمان على حكم بينهما، فأقام المدعي شاهدين عنده أن له على هذا الرجل وعلى كفيله الغائب فلان ألف درهم، فقال المدعى عليه: الشاهدان عبدان، فإنه يسمع من المشهود عليه، فإنه فيما بين المتخاصمين بمنزلة القاضي المولى، والقاضي يسمع هذا الطعن، فكذا الحكم. فإن أقام الشاهدان بينة أن مولاهما قد كان أعتقهما، وعدلت بينة العتق، فالحكم يقضي بعتقهما في حق المشهود عليه، ويقضي بالمال عليه، ولا يقضي به على الكفيل، ولا يثبت العتق في حق المولى بحكم الحكم، وإن كان لو حصل هذا من القاضي المولى يثبت العتق في حق المولى، ويثبت المال على الكفيل؛ لما ذكرنا أن حكم الحكم إنما يظهر في حق من رضي بحكمه دون من لم يرض بحكمه، والمولى والكفيل ما رضيا بحكمه، فلا يظهر حكمه في حقهما.

أما المتخاصمان فقد رضيا بحكمه، فيظهر حكمه في حقهما، فإن جاء مولى العبدين، وأنكر العتق، وقدمهما إلى القاضي، فإن شهد هذان الشاهدان على عتقهما، أو غيرهما يريد بقوله: هذان الشاهدان اللذان شهدا على عتقهما عند الحكم، وقضى القاضي به، فشهادتهما بالمال جائزة؛ لأنه لم يظهر منه خطأ حكم الحكم فيما حكم، ولا ينقض حكمه، وإن لم يكن لهما بينة على العتق، وقضى القاضي برقهما للمولى أبطل حكم الحكم فيما حكم؛ لأنه ظهر عند القاضي أن الحكم حكم بشهادة العبد، والحكم بشهادة العبد باطل، فكان له أن يبطل.

١٤٤٨٣ - قال: ولو ادعى رجل قبل رجل أنه غصبه ثوباً، أو شيئاً من الكيلي

أو الورثة، فغاب أحدهما ورضي الآخر، وادعى عليه بحكم حكم بينهما، فأقام المدعي بينة على حقه عليهما، فإنه يلزم الحاضر نصف ذلك، ولا يلزم الغائب منه شيء؛ لأن الحاضر رضي بحكمه، أما الغائب فلم يرض بحكمه، وكذلك على هذا إذا ادعى رجل على ميت ديناً، وورثته غيب إلا واحداً، فاصطلح هذا الوارث الحاضر مع المدعي على حكم يحكم بينهما، وأقام المدعي بينة على الميت بحقه، وحكم الحاكم بذلك، لا يظهر حكمه في حق الغيب؛ لأنهم ما رضوا بحكمه غير أن في مسألة الورثة يقضي على الحاضر بجميع الدين، ويستوفي ذلك مما في يده. وفي مسألة الشريكين يقضي على الحاضر بالنصف.

والوجه في ذلك أن الحكم فيما بين المتخاصمين بمنزلة القاضي المولى في حق الناس كافة. ثم القاضي يقضي بجميع الدين على الميت بحضرة أحد الورثة؛ لما عرف أن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في جميع ما يدعى على الميت، وصار من حيث المعنى كأن المورث حي وهو حاضر.

وإذا قضى القاضي بجميع الدين، والدين مقدم على الميراث، وما في يده من الميراث يؤخذ بجميع الدين مما في يده، فإذا عرفت الجواب في حق القاضي المولى، فكذلك الجواب في الحكم، أما في الغصب، القاضي المولى لا يقضي إلا بنصف القيمة؛ لأن أحدهما ليس بخصم عن الآخر، فإذا عرفت هذا في القاضي المولى فكذلك الجواب في الحكم

١٤٤٨٤ - وإذا اشترى من آخر عبداً، وقبضه ونقد الثمن، ثم طعن بعيب(١)، فاصطلحا على حكم، فقضى بالرد على البائع، فهو جائز؛ لأن التحكيم حصل فيما يملك الخصمان فعله بأنفسهما، فيصح كما في سائر الصور.

وإذا صح التحكيم صار الحكم فيما بينهما بمنزلة القاضي المولى، والقاضي المولى لو قضى بالرد على البائع يجوز، فكذا هاهنا، فإن أراد البائع أن يخاصم بائعه في ذلك العيب، لا يجوز، لما ذكرنا أن حكم الحاكم(٢) في حق غير المتخاصمين

(١) وفي الأصل: بعيبه.

(٢) وفي الأصل: إن حكم الحكم.

بمنزلة صلح باشره، ولو حصل الرد على البائع بطريق الصلح للبائع أن يخاصم بائعه في ذلك العيب، ويجعل هذا الرد بمنزلة بيع جديد في حق البائع الأول، فكذا ههنا.

١٤٤٨٥- ولو اصطلحوا جميعاً على حكم هذا الحكم المشتري الثاني والمشتري الأول والبائع الأول، ورد هو العبد على البائع الثاني، فأراد البائع الثاني أن يرده على البائع الأول، ليس له ذلك قياساً، وله ذلك استحساناً، وجه القياس أن البائع الأول ليس بخصم للحال[1]، إذ لا خصومة معه في العيب قبل الرد على البائع الثاني، فلا يصح تحكيمه، فصار وجود هذا التحكيم والعدم بمنزلة.

وجه الاستحسان أن البائع الأول إن لم يكن خصماً في هذا العيب في الحال، فهو بعرض أن يصير خصماً بسبب هذا العيب، فإنه إذا رد العبد على البائع الثاني، كان للبائع الثاني أن يخاصم البائع الأول فيه، فصح التحكيم منه، فصار الحكم في حقهم بمنزلة القاضي المولى، والقاضي المولى لو رد العبد على البائع الثاني، كان للبائع الثاني أن يرد على البائع الأول، فكذا الحكم.

ولو نقض البائع الأول الحكومة بعد ما رد العبد على الثاني قبل أن يرده عليه، صح نقضه؛ لأن هذا نقض قبل الحكم عليه، وأنه جائز، وإذا صح العزل لا يملك الحكم رد العبد على البائع الأول بعد ذلك. وإن خاصم البائع الثاني البائع الأول بعد ذلك بسبب هذا العيب عند قاض من القضاة، فالقياس أن لا يرده القاضي على البائع الأول؛ لأن التحكيم من البائع الأول لم يصح على جواب القياس[2]، فصار وجوده والعدم بمنزلة، وفي الاستحسان يرده؛ لأن الحكم حين رد على البائع الثاني، فهو حكم في حق البائع الأول، فصح حكمه بالرد في حق البائع الأول، فلا يبطل هذا الحكم بعزل الحكم، ألا ترى أنه لا يبطل هذا الحق بعزل القاضي المولى، حتى إن القاضي المولى إذا رد العبد على البائع الثاني، ثم عزل هذا القاضي، وولي قاض آخر، فرفعت إليه هذه الحادثة، رد العبد على البائع الأول، كذا ههنا.

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل و م: بالحال.

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل و م: الاستحسان مكان القياس.

١٤٤٨٦ - ولو أن رجلاً باع سلعة لرجل بأمره، فطعن المشتري بعيب، فحكّما بينهما حكماً برضى الآمر، ورد الحكم على البائع بسبب ذلك العيب بإقرار البائع، أو بنكوله أو ببينة قامت، فإن كان الرد بالبينة أو بنكول الوكيل، فله أن يرده على الموكل، وإن كان الرد بإقراره بالعيب، وذلك عيب لا يحدث مثله، رده على الموكل أيضاً. وإن كان يحدث مثله لم يرد على الموكل حتى يقيم البينة أن هذا العيب كان عند الموكل؛ لأنهما حكماه في حقهم بتراضيهم، فصار بمنزلة القاضي المولى والحكم فيما إذا كان الرد من القاضي المولى على نحو ما ذكرنا، فكذا إذا كان الرد من الحكم، ولم يذكر القياس والاستحسان في هذه المسألة، كما في المسألة المتقدمة؛ لأن هناك الآمر خصم في الحال قياساً واستحساناً.

وإن كانت الحكومة بغير رضى الآمر، لا يلزم الآمر من ذلك شيء إلا ببينة، أو كان عيباً لا يحدث مثله، وهذا لأن التحكيم في حق الآمر لم يصح لعدم رضاه، فصار بمنزلة ما لو قبل المأمور البيع بالعيب بغير قضاء، وهناك الجواب على التفصيل: إن كان يحدث مثله يلزم المأمور دون الآمر باتفاق الروايات، وإن كان عيباً لا يحدث مثله، ففيه اختلاف الروايات، في بعضها يلزم الآمر[1]، وفي بعضها يلزم المأمور، كذا هنا.

ولو كان هذا الرجل اشترى عبداً لرجل بأمره، وطعن المشتري بعيب به، وحكّما فيما بينهما رجلاً برضى الآمر، ورده ببينة أو بإقرار أو بنكول، كان ذلك جائزاً على الآمر، وهذا ظاهر، ولو كان التحكيم بغير رضى الآمر، ورد ببعض ما ذكرنا، فكذلك الجواب، كان الرد جائزاً على الآمر.

ففرق بين الوكيل بالشراء وبين الوكيل بالبيع، فإن في الوكيل بالبيع إذا حصل الحكم بغير رضى الآمر، ورد المشتري على الوكيل عند الرد على الوكيل دون الموكل.

والفرق: أن حكم الحكم في حق غير المحكمين بمنزلة الصلح الذي بالتراضي، ولو كان مكان الرد في الوكيل بالبيع صلحاً، بأمره بغير قضاء يقبله بعيبه، وعلى الآمر جميعه لعقده، وهو أن الرد بالعيب بغير قضاء بمنزلة الإقالة في حق الثالث، والآمر هاهنا ثالث،

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل و م: في بعضها لا يلزم الآمر.

والإقالة في حق الوكيل بالبيع في هذه الحالة لا يصح؛ لأن الوكالة انتهت نهايتها بالبيع والتسليم، والتحق الوكيل بالأجانب، فأما الوكالة[1] من الوكيل بالشراء ما دام المشترى في يده صحيحة؛ لأن الوكالة بالشراء لا تنتهي ما دام المشترى في يدي الوكيل بالشراء - والله أعلم بالصواب - .

---

(١) وفي م: الإقالة

## الفصل الرابع والعشرون
## في كتاب القضاة إلى القضاة

يجب أن يعلم بأن كتاب القاضي إلى القاضي صار حجة شرعًا في المعاملات، بخلاف القياس؛ لأن الكتاب قد يفتعل ويزوّر، والخط يشبه الخط، والخاتم يشبه الخاتم، ولأن القاضي لا ولاية له على الخصم الذي هو في غير بلده، فكيف يكون كتابه حجة عليه؟

ولأن القاضي الكاتب بكتابه ينقل شهادة الشهود إلى المكتوب إليه، والشهود بأنفسهم لو حضروا مجلس القاضي، وكتبوا شهاداتهم من بلد القاضي، فالقاضي لا يعمل به، فكيف يعمل بكتاب غيره؟ ولكن جعلناه حجة بالإجماع، فقد رُوي عن عمر رضي الله عنه وجماعة من التابعين منهم عمر بن عبد العزيز والحسن والشعبي وإبراهيم النخعي رضي الله عنهم أنهم جوّزوا ذلك في المعاملات، ولم ينقل عن غيرهم بخلافه، والمعنى في ذلك الحاجة، فإن الإنسان قد يكون غائبًا والشهود حضور يتعذر عليه الجمع بين الشهود والخصم؛ لأنه لا يمكنه إحضار الشهود بلد الخصم، ولا يمكنه نقل الشهود إلى الخصم، ولا يمكنه أن يتوصل إلى حقه بالشهادة على الشهادة؛ لأن قاضي تلك البلدة عسى لا يعرف عدالة الأصول، وعسى لا يجد هناك من يعدّل الأصول، وفي تعديل الفروع الأصول كلام على ما يأتي بيانه في موضعه، فجوزنا نقل كتاب القاضي إلى القاضي لنقل الشهادة، ويثبت عدالتهم لتعطلت الحقوق، وصار هذا صيانة للحقوق عن الضياع والبطلان، ولكن إنما يقبله القاضي المكتوب إليه عند وجود شرائطه، ومن جملة الشرائط البينة حتى إن القاضي المكتوب إليه لا يقبل كتاب القاضي ما لم يثبت عنده بالبينة أنه كتاب القاضي، به ورد الأثر عن علي رضي الله عنه.

والمعنى في ذلك أن كتاب القاضي لا يخلو عن نوع احتمال؛ لما ذكرنا أن الخط يشبه الخط، فلا يجوز العمل به ما لم يثبت هذا الاحتمال، وذلك بالبينة، ولأن كتاب القاضي يقع ملزمًا في حق المكتوب، حتى يلزمه العمل به بعد صحته، وهو حجة على المدعى عليه فيه يلزمه ذلك، والمرء يعتمد الحجة، والحجة هي البينة، وبهذا يقع الفرق بين

كتاب القاضي وبين كتاب المزكي إلى القاضي، حيث إن كتاب المزكي إلى القاضي لا يحتاج إلى البينة؛ لأنه ليس في كتاب المزكي إلزام، فالقضاء مضاف إلى شهادة الشهود لا إلى التزكية، إنما التزكية نوع رجحان الصدق، ولهذا لو قضى القاضي بالشهادة بدون التزكية صح قضاؤه، وبه يقع الفرق أيضًا بين كتاب القاضي وبين كتاب ملك أهل الحرب إذا طلب الأمان فيه، فإنه مقبول بغير بينة، حتى لو أمنه الإمام صح أمانه؛ لأن كتاب أهل الحرب ليس بملزم؛ لأن للإمام رأيًا في الأمان وتركه

ومن جملة ما عمل فيه بالقياس الحدود والقصاص حتى لم يجوزوا كتاب القاضي إلى القاضي في المعاملات بالأثر والإجماع، ولا أثر ولا إجماع في الحدود والقصاص، فبقي على أصل القياس.

ومن جملة ما عمل فيه بالقياس المنقولات، نحو العروض والثياب والعبيد والجواري على قول أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف رحمهم الله الأول، حتى لم يجوّزوا كتاب القاضي إلى القاضي في هذه الأشياء، ثم رجع أبو يوسف رحمه الله، وقال: يجوز في العبيد في الإباق، ولا يجوز في غيرهم، وعنه رواية أخرى: أنه يجوز في جميع المنقولات، وبه أخذ بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله، ويحكى عن القاضي الإمام المنتسب إلى إسبيجاب أنه كان يفتي به، وأجمعوا على أنه يجوز كتاب القاضي إلى القاضي في العقار والديون.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف رحمهم الله الأول، وهو الفرق بين الديون وسائر المنقولات أن في الدين توهم الشركة تمكن في موضع واحد، وهو المقضي عليه؛ لأنه ربما يتفق رجلان بتلك الاسم والنسب، أما لم يتمكن في المقضي به، وهو الدين، ولا في المقضي له، وهو المدعي، فإن كل واحد منهما معلوم، وتمكن[1] الشركة في المقضي على حالة العذر إذا كان المقضي له والمقضي به معلومًا لا تمنع القضاء، ألا ترى أن جهالة المقضي عليه لا تمنع القضاء حالة العذر إذا كان المقضي به والمقضي له معلومًا، كما لو شهد شاهدان على رجل أنه طلق إحدى امرأتيه قبل الدخول، ومات قبل البيان، فإنه يقضي بسقوط نصف المهر مع أن المقضي عليه بسقوط نصف الصداق مجهول لما

---

(١) وفي الأصل: ويمكن

كتاب القاضي لبطل حقوق الناس، ومثل هذه الضرورة لا تتحقق في الجواري والدواب؛ لأن الإباق من الجواري لا يكثر، وكذلك الند من الدواب من بلدة إلى بلدة لا يكثر، فعمل فيهن بقضية القياس.

١٤٤٨٧ - وذكر محمد رحمه الله في كتاب الإباق مسألة تدل على أن كتاب القاضي إلى القاضي في العبد جائز، فإنه ذكر أنه إذا أخذ عبدًا آبقًا وجاء به إلى القاضي، وأقام البينة على أنه وجده آبقًا فأخذه، وطلب من القاضي أن يفرض نفقته على مالكه، فإن خاف القاضي أن نفقته تأتي على قيمته، حفظ ثمنه على مالكه، ففعل ذلك، فإذا باعه وأمسك ثمنه فجاء مالكه، وأتى بكتاب القاضي أن يأخذ الدراهم الثمن، كان له ذلك، فقد جوز كتاب القاضي في الدراهم الثمن، وإنه منقول.

وتأويل هذه المسألة: أن بيع الآبق من القاضي لما نفذ بولاية شرعية انتقل حق صاحب العبد إلى ثمنه، وإنه دين على المشتري، فهو إنما جاء بكتاب القاضي لإثبات أن ذلك الدين حقه، وكتاب القاضي في الديون جائز.

ثم القاضي قبض الدراهم المعين عوضًا عن ذلك، فإذا أثبت بكتاب القاضي أن ذلك الدين له، وأراد أخذ الدراهم التي قبضها القاضي، وقد اختار قبض القاضي تلك الدراهم عوضًا عن الدين الذي كان من حقه، فلا يظهر بهذا أن هذا الكتاب في العوض، ويجوز كتاب القاضي في النكاح والطلاق وفي كل حكم يمكن تحقق شرائط كتاب القاضي فيه من إعلام المشهود به، وغير ذلك على ما يأتي بيانه جائز.

وفي سائر المنقولات إذا لم يجز كتاب القاضي عندهما؛ لأن إعلام المشهود به في هذه الأشياء بالإشارة، ولا إشارة عند الكتاب، فلا تصح الدعوى والشهادة، فلم يجز الكتاب.

١٤٤٨٨ - ونظير هذه مسألة النسب وصورتها: رجل وامرأة ادعيا ابنًا أو بنتًا عند قاضٍ من القضاة، وقالا: هو معروف النسب منا، وهو اليوم في يد فلان في بلد كذا، قد استرقه، وأقاما البينة عند القاضي، وطلبا منه أن يكتب لهما بذلك كتابًا إلى القاضي في ذلك البلد، لا يكتب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأنهما يريدان قطع الملك

والرق الثابت[1] لصاحب اليد بالظاهر ، وانتزاعه من يد صاحب اليد بدعوى النسب ، فصار كما لو أراد الانتزاع من يد صاحب اليد بدعوى الملك ، وثمة الإشارة من المدعي والشهود شرط لسماع الدعوى والشهادة ، ولا تتحقق ذلك في الغائب ، فلا يكتب عندهما لهذا ، فكذا هنا .

وعلى قول أبي يوسف رحمه الله : يكتب ؛ لأن النسب لا يشار إليه وهو المدعى ، فكان كدعوى الدين ، وثمة يكتب ، فكذا هذا ، وقال أبو يوسف رحمه الله : لا يكتب في النسب إلا في الأبوة والأمومة والبنوة ؛ لأن دعوى هذه الأنساب دعوى حق مقصود ، ألا ترى أنه يسمع فيها الدعوى حالة الحياة ، وإن لم يدع بسببه مالا أو حقا ، فيمكن إثباتها بالبينة ، بخلاف الأخوة والعمومة وأشباهها ، إذ ليس فيها دعوى حق مقصود ، ألا ترى أنه لا يسمع فيها الدعوى حالة الحياة إلا إذا ادعى بسببها مالا ، كالنفقة وأشباهها ، فلا يمكن إثباتها بالبينة .

١٤٤٨٩- بعد هذا نحتاج إلى بيان شرائط صحة كتاب القاضي إلى القاضي ، فنقول : العلوم الخمسة شرط جوازه ، وهو أن يكون الكتاب من معلوم ، يعني القاضي الكاتب إلى معلوم ، يعني القاضي المكتوب إليه ، في معلوم ، يعني المدعى به ، لمعلوم ، يعني المدعي على معلوم يعني المدعى عليه[2] .

أما القاضي الكاتب ينبغي أن يكون معلوما ؛ لأن الحجة كتاب القاضي لا بد وأن يعلم المكتوب إليه أنه كتاب القاضي حتى يقبله ، وإعلامه إنما يكون بكتابة اسم القاضي واسم أبيه واسم جده أو قبيلته ؛ لأن إعلام الإنسان إذا كان غائبا بهذه الأشياء ، وإذا لم يذكر اسم أبيه وجده ، لا يحصل التعريف بالاتفاق ، وإن ذكر اسم أبيه ، ولم يذكر اسم جده ، أو قبيلته ، فعند أبي حنيفة رحمه الله : لا يحصل التعريف ، وسيأتي الكلام فيه بعد هذا إن شاء الله تعالى .

وإن كان مشهورا اكتفى بالاسم الذي كان مشهورا بذلك ؛ لأن كتابة ما زاد على ذلك للتعريف ، فإذا حصل التعريف بدونه اكتفى بذلك ، وكذلك إذا كتب من أبي فلان

---

(١) وفي الأصل والظ: الثابت.

(٢) وفي الأصل يعني المدعى عليه .

إذا كان مشهورًا بتلك النسبة، كأبي حنيفة، وكذلك إذا كتب من ابن أبي فلان، وهو مشهور به، كابن أبي ليلى، يكتفى به، ولا يقبل شهادة الشهود على اسم القاضي ونسبه ما لم يكن مكتوبًا في الكتاب؛ لأنهم لو شهدوا على ما في الكتاب بدون الكتاب لا يقبل ذلك منهم، فكذلك على التعريف.

وكذلك إعلام القاضي المكتوب إليه شرط؛ لأنه ما لم يثبت عنده أنه مكتوب إليه لا يجب العمل به، بل لا يجوز العمل له به، وإنما يصير معلومًا بما يوجب تعريفه من ذكر الاسم والنسب، على ما ذكرنا، ولا يكتفى بالشهادة على الاسم والنسب إذا لم يكن مكتوبًا لما ذكرنا، وكذلك إعلام المدعي والمدعى به والمدعى عليه شرط؛ لأن كتاب القاضي لنقل الشهادة، وهذه العلوم الثلاثة شرط لصحة الشهادة وإعلام المدعي والمدعى عليه بما يوجب تعريفهما من ذكر الاسم والنسب على حسب ما بينا في القاضي.

ثم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يحصل التعريف بذكر اسمه واسم أبيه، بل يشترط مع ذلك ذكر اسم الجد، وعند أبي يوسف رحمه الله ذكر الجد ليس بشرط، وقول محمد رحمه الله مضطرب، واختلف المشايخ رحمهم الله فيه، بعضهم قالوا: إنه كقول أبي يوسف رحمه الله، وبعضهم قالوا: إنه كقول أبي حنيفة رحمه الله، وجه قول أبي يوسف رحمه الله أنا أجمعنا على أنه يحصل التعريف بثلاثة أشياء: بذكر الاسم والنسب إلى الأب والجد، وقد وجد هنا شيئان، وهو الاسم والنسب إلى الأب، والمثنى أكثر الثلاث، وللأكثر حكم الكل في كثير من الأحكام.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن المقصود هو الإعلام والتمييز، وذلك لا يحصل بمجرد الاسم والنسبة إلى الأب؛ لأنه في الغالب قد يتفق رجلان في الاسم والنسبة إلى الأب، فأما قل ما يتفق الرجلان في الاسم والنسب إلى الأب والجد، فبه يحصل به الإعلام.

وفي شرح كتاب الأقضية: أن ذكر الجد عند أبي حنيفة رحمه الله وهو رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله شرط، وفي قول محمد رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله في ظاهر الرواية ليس بشرط، وكان القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله يقول في الابتداء: لا يشترط ذكر الجد، ثم رجع في آخر عمره، وكان يشترط

ذكر الجد[1]، وهو الصحيح، وعليه الفتوى.

وإن لم يذكر اسم الجد ونسبه إلى القبيلة، فإن كان أدنى القبائل والأفخاذ الذين يعرف بذلك، فإنه يكفي بلا خلاف، ويقوم مقام اسم الجد لحصول الإعلام به؛ فإنه قل ما يتفق اثنان من أدنى الأفخاذ في اسمهما واسم أبيهما، وإن نسبه إلى أعلى الأفخاذ والقبائل، بأن قال: تميمي أو ما أشبهه، لا يكتفى به؛ لأنه لا يقع به التعريف في الغالب، فصار كأنه قال: عربي أو عجمي.

وإن نسبه إلى بلدة، ولم ينسبه إلى جده، ولا إلى قبيلته، فقال: كوفي، أو بصري، فذلك لا يكفي؛ لأن الاسم يجمع الألوف، ولا يحصل به التعريف.

وإن نسبه إلى حرفته وصناعته، ولم ينسبه إلى القبيلة والجد، لا يكفي عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الصناعة ليست بشيء لازم، فالإنسان قد يشتغل بصناعة في زمان، ثم يتحول عنها إلى غيرها بعد ذلك، فلا يحصل بها التعريف، وعندهما إذا كان صناعة يعرف بها لا محالة يكتفى.

وإن ذكر اسم أبيه ولقبه، وهو يعرف بذلك اللقب لا محالة، فإنه يكتفى، وبدون ذلك لا يكتفى؛ لأن اللقب ليس بلازم كالصناعة.

وإن ذكر اسمه واسم جده، ولم يذكر اسم أبيه، لا يكفي؛ لأن الإنسان إنما يصل إلى الجد بواسطة الأب، فلا تصح النسبة إلى الجد بدون النسبة إلى الأب.

وإن كتب من قاضي بلد كذا فلان ابن فلان، إلى قاضي بلد كذا فلان ابن فلان، فذلك يكفي بلا خلاف عند بعض مشايخنا؛ لأن كونه قاضيًا من أسباب التعريف، فيستغنى به عن ذكر الجد، وعن أبي يوسف رحمه الله آخرًا أنه إذا كتب إلى قاضي بلد كذا، ولم يذكر اسمه ولا اسم أبيه[2]، فذلك يكفي[3]؛ لأن القاضي في كل بلدة معروف، فيقع الاستغناء عن ذكر الاسم والنسب، وزاد في المنتقى في هذه الرواية،

(١) وفي الأصل وكان يقول: يشترط ذكر الجد.

(٢) وفي الأصل ولم يذكر اسمه واسم أبيه.

(٣) في م: فذلك يكفي.

فقال: إذا كان تاريخ الكتاب في ولاية المكتوب إليه (١) نفذه المكتوب إليه.

١٤٤٩٠ - ولو كتب من فلان ابن فلان قاضي بلد كذا إلى كل من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم، فذلك لا يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قول أبي يوسف رحمه الله يجوز، والفتوى أن محمداً رحمه الله مع أبي حنيفة رحمه الله، وأبو يوسف رحمه الله توسع حين ابتلي بالقضاء، ورأى أحوال الناس، واستحسن في كثير من المسائل تسهيلاً للأمر على الناس من جملتها هذه المسألة.

قال القاضي: يحتاج إلى الكتابة إلى الآفاق، ولا يمكنه معرفة اسم قاضي الآفاق ونسبه لبعد المسافة، فمتى شرطنا ذلك ضاق الأمر على الناس، ألا ترى أنه لو كتب إلى فلان ابن فلان وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم، فكل من يصل إليه من قضاة المسلمين يعمل به، وإن لم يكتب اسمه ونسبه، كذا هنا، وأبو حنيفة رحمه الله أخذ بالاحتياط، فإن إعلام الكاتب والمكتوب إليه شرط لصحة الكتابة بالاتفاق، وتمام الإعلام لا يحصل بهذا القدر، فلا يصح الكتاب، بخلاف ما إذا عيّن قاضياً وغيره، ثم قال: وإلى كل من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين؛ لأنه لما عرف الأول صحت كتابة القاضي إليه، فيجعل لعموم إليه تبعاً له، فيجوز، ويجوز أن يصح الشيء تبعاً وإن كان لا يصح مقصوداً.

١٤٤٩١ - وإن كتب أن لفلان ابن فلان على فلان السندي غلام فلان ابن فلان الفلاني كذا وكذا جاز؛ لأن تعريف الغلام بالنسبة إلى المالك، وإذا نسب إلى مالك معروف بالشهرة، أو ذكر اسم المولى ونسبه إلى أبيه وجده، أو إلى قبيلته، فقد تم تعريفه بذلك، وإن ذكر اسم العبد واسم المولى، واسم أب المولى، ولم يذكر اسم جد المولى، ولا قبيلته، ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: أن ذلك لا يكفي، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله: أنه يكفي؛ لأن التعريف يحصل بذكر ثلاثة أشياء كما في الحر، وقد وجد ذكر ثلاثة أشياء، وهو اسم العبد واسم المولى واسم أب المولى.

وإن ذكر اسم العبد واسم المولى وإن لم ينسب المولى إلى قبيلته الخاص، لا يكفي، وإن نسبه إلى قبيلته الخاص، فعلى قياس ما ذكر شمس الأئمة رحمه الله في المسألة

(١) وفي م: في ولاية المكتوب إليه أنفذه المكتوب ... إلخ.

المتقدمة لا يكفي، وعلى قياس ما ذكر شيخ الإسلام رحمه الله يكفي.

وإن كتب أن لفلان على فلان، وهو العبد السندي الحائك الذي في يدي فلان ابن فلان، أو الساكن في دار فلان ابن فلان، فذلك لا يكفي؛ لأن التعريف إنما يقع بالنسبة اللازمة، وذلك بالملك دون اليد؛ لأنها عسى أن يكون بغير حق، وذكر أن إعلام المدعى عليه في كتاب القاضي شرط، وروي عن محمد رحمه الله في "النوادر" ما يدل على أن إعلام المدعى عليه في الكتاب ليس بشرط.

١٤٤٩٢- والذي روي عنه: رجل له ضيعة بخراسان، وهو بالعراق، وشهوده على الضيعة بالعراق، فأقام بينة عند قاضي الكوفة أن ضيعة كذا بمرو بحدودها له، وأن له[1] مانعًا منها لا يعرفه، فإنه يكتب قاضي الكوفة إلى قاضي مرو، ويكتب فيه: فإذا قدم بالكتاب فكل من منعه من الناس فاقض عليه، قال مشايخنا رحمهم الله: ويجوز أن يكون هذا بالعقار خاصة؛ لأنه ربما لا يعلم الشهود أن العقار في يد من هو؟ فاستحسن وجوزه للحاجة[2] والضرورة.

١٤٤٩٣- ألا ترى أنه لو شهد شاهدان بملكية العقار لرجل، وشهد آخران أنها في يد فلان، قضي بها له، كما ذكرنا، فأما المدعى به إذا كان دينًا، فهو في ذمة المدعى عليه، وثمة اسم ذلك، فلم يمس الحاجة إلى ترك إعلام المدعى عليه، فشرط إعلام المدعى عليه، حتى يصير الخصم ومحل وجوب الدين معلومًا.

وذكرنا أيضًا أن إعلام المدعى به شرط، فبعد هذا ينظر إن كان المدعى به دينًا، وكان مكيلًا، يذكر جنسه أنه حنطة أو شعير، وبعد ما ذكر الجنس أنه حنطة يذكر النوع أنها سقية، أو برية خريفية، أو ربيعية، ويذكر الصفة أنها حمراء أو بيضاء، جيدة أو رديئة أو وسط، ويذكر السبب؛ وقد مر هذه الفصول في فصل جلوس القاضي أيضًا.

وإن كان المدعى به موزونًا، يذكر جنسه أنه ذهب أو فضة، وإن كان الدعوى في عقار يذكر موضعها وحدودها الأربعة، ولو ذكر حدين لا يكفي.

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا ذكر حدين: أحدهما طولاً، والآخر عرضًا

(١) وفي الأصل: وإن كان له

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: فاستحسن وجوده للحاجة.

يجوز ؛ لأن به يصير الطول والعرض معلومًا ، وإن ذكر حدين متقابلين لا يجوز ، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا : إن ذكر حدين متقابلين يجوز ، وإن ذكر حدين متلازقين لا يجوز ، وإن ذكر الحدود الثلاثة ، فذلك يكفي عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله ، وقد مرّ هذا أيضًا في فصل جلوس القاضي.

وإن كان العقار معروفًا مشهورًا ، كدار الوليد بكرخة ، وكذا ذكر الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري ، لا بد له تعريفه من ذكر الحدود عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعند أبي يوسف ومحمد ذكر الحدود في هذا ليس بشرط ، ويكتفى بذكر اسم الدار ، فأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قاسا شهرة الدار على شهرة الرجل ، والرجل إذا كان مشهورًا يقع التعريف بمجرد الاسم ، فكذا العقار ، وأبو حنيفة رحمه الله يقول : بذكر الاسم عند الشهرة في العقار يصير أصل العرصة معلومًا ، أما مقدار العرصة لا يصير معلومًا ، والدار مما يزاد فيها وينقص عنها ، وبه لا يتغير الاسم ، وإذا لم يصر المقدار معلومًا تبقى الجهالة ، فلا بد من ذكر الحدود ، وأما الآدمي لا يزاد فيه ولا ينقص عنه ، فيصير بجملته معلومًا بذكر الاسم إذا كان مشهورًا بذلك الاسم ، فلا حاجة إلى اشتراط شيء آخر ، ومن شرائط صحة الكتاب أن يقرأ القاضي الكتاب على الشهود الذين يشهدهم على الكتاب ، أو يخبرهم بما في الكتاب ، وأن يختم الكتاب بحضرتهم ، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد ، وهذا بناء على أن عندهما يشترط أن يشهد الشهود عند المكتوب إليه بما في الكتاب ، وإنما يمكنهم الشهادة بما في الكتاب إذا علموا بما في الكتاب ، وذلك إما بقراءة القاضي الكتاب عليهم أو بإخباره إياهم بما في الكتاب ، وكذلك يشترط عندهما أن يشهدوا عند المكتوب إليه أن القاضي الكاتب ختم الكتاب بحضرتهم ، وإنما يمكنهم الشهادة على ذلك إذا ختم بحضرتهم.

وعند أبي يوسف رحمه الله آخرًا : شيء من ذلك ليس بشرط ، بل إذا أشهدهم أن هذا كتابه وخاتمه ، وهم شهدوا عند المكتوب إليه أن هذا كتاب القاضي فلان ، وهذا خاتمه ، كفى ، فوجه هذا القول أن المشهود به الكتاب والختم ، وكل ذلك معلوم للشاهد بقول القاضي الكاتب ، ويصير معلومًا للمكتوب إليه بإشارة الشاهد إلى الكتاب والختم ، فلا حاجة إلى اشتراط شيء آخر.

لا يقبل الكتاب كذا هنا.

وإذا ثبت أن العنوان شرط عندهما، فنقول: إن كان العنوان في الباطن وعلى الظاهر، فالقاضي المكتوب إليه يعمل به؛ لأنه يعمل به إذا كان العنوان في الباطن لا غير، فهنا أولى، وإن كان العنوان بالباطن لا غير، فإنه يعمل به؛ لأنه تحت ختمه، فيؤمن من التبديل والتغيير[1]، ويثبت كونه كتاب القاضي إليه لكون مكتوباً في الكتاب كأصل الحادثة.

وإن كان العنوان على الظاهر لا غير، فالقاضي المكتوب إليه لا يعمل به؛ لأنه لا يؤمن من التبديل والتغير[2]، ألا ترى أن أصل الحادثة إذا لم يكن تحت ختم القاضي، بأن لم يكن الكتاب مختوماً، فالقاضي المكتوب إليه لا يعمل به؛ لأنه لا يؤمن التغيير والتبديل، فكذا كونه كتاب القاضي إذا لم يكن تحت خاتمه، وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله اكتفوا بالعنوان الظاهر، وقالوا: كتابة أصل العنوان إذا لم يشترط عند أبي يوسف رحمه الله فلأن لا يشترط عنوان الباطن، ويكتفى بعنوان الظاهر أولى، وأخذوا بقول أبي يوسف رحمه الله في هذا الفصل تسهيلاً.

١٤٤٩٤ - ثم بعد أن القاضي الكتاب يكتب في العنوان من الجانب الأيمن من الكتاب إلى القاضي فلان ابن فلان الفلاني قاضي كورة كذا ونواحيها نافذ القضاء والإمضاء بين أهلها، ويكتب من الجانب الأيسر من الكتاب من القاضي فلان ابن فلان الفلاني قاضي كورة كذا ونواحيها نافذ القضاء والإمضاء بين أهلها، وإنما يكتب قاضي كورة كذا، وإن كان التعريف حاصلاً بالاسم والنسب؛ لأنه إنما يقبل كتابه إذا كان قاضياً، فأما إذا لم يكن فلا، ثم يكتب التسمية ثم يكتب بعد التسمية كتابي أطال الله بقاء فلان القاضي ... إلخ؛ كما هو الرسم في الكتاب، ثم يكتب: أما بعد: وهذه كلمة فصل الخطاب؛ جاء في التفسير في قوله تعالى: ﴿وَآتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصْلَ الْخِطَابِ﴾[3] أن المراد من فصل الخطاب كلمة "أما بعد"، فذكر هذا الفصل فيما تقدم ذكر من الكلام

(١) هكذا في ظ وم، وكذا في الأصل والتغير.

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل: لا يؤمن التبديل والتغيير، وفي م: لا يؤمن التبديل والتغير.

(٣) سورة ص: الآية ٢٠.

ويبتدئ بآخر من الكلام، ثم يكتب: حضرني في مجلس قضائي بكورة كذا في يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا، أطال الله بقاء القاضي، وإنما يكتب حضرني؛ لأنه يريد حكاية دعوى المدعي، وينبغي أن يكون الدعوى عند القاضي، وكذا شهادة الشهود، حتى يجوز له أن يكتب إلى قاض آخر، ويقول في مجلس قضائي؛ لأن صحة الدعوى يتقيد بمجلس القضاء، هكذا وقع في بعض الكتب، والصحيح أن قوله في مجلس قضائي ليس بأمر لازم، بل إذا كتب في مجلس الحكم في كورة كذا كفاه، هكذا ذكر صاحب الأقضية إلا إذا كان بلدة فيها قاضيان، كل قاض في ناحية على حدة، فحينئذ يكتب في مجلس قضائي، حتى لا يظن أن القاضي الكاتب كان في مجلس حكم القاضي الآخر، وهو ليس بقاض في تلك الناحية.

ويكتب في كورة كذا؛ لما عرف من اختلاف الروايات أن القضاء هل يتقيد بالمصر؟ ففي ظاهر الرواية يتقيد، حتى لا ينفذ القضاء في الرساتيق، وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يتقيد حتى ينفذ القضاء في السواد، وكتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة القضاء من وجه، فيجب أن يكون في المصر، فيكتب كورة كذا، حتى يزول الوهم أن القاضي الكاتب ظن أن القضاء في غير المصر جائز، فيكون غير مجلس القضاء، فيكتب في مجلس قضائي، فإذا كتب في كورة كذا يزول هذا الوهم، ثم هذه المسألة على وجهين:

١١١٩٥ - إن عرف القاضي المدعي باسمه ونسبه، يكتب: حضرني فلان بن فلان الفلاني، يذكر اسمه واسم أبيه واسم جده، ويثبت معرفته في الكتاب، فيكتب: وأنه عرفته بوجهه واسمه ونسبه؛ لأن تمام التعريف بهذا؛ لأن بدون معرفة الرجل لا يحصل تمام التعريف، والاسم والنسب أمر لازم للتعريف لمن كان غائباً، وأنه غائب عن القاضي المكتوب إليه في الحال، وإن لم يعرف القاضي باسمه ونسبه، سأله البينة على اسمه ونسبه، حتى لا يتسمى رجل باسم غيره، فيذهب بحق صاحب الحق، وإذا قامت البينة عنده بتلك الحالة، كتب: حضرني رجل ذكر أنه فلان بن فلان بن فلان، وسألته البينة على الاسم والنسب، فأقام بينة من فلان وفلان، وثبت عندي بشهادتهم أنه فلان بن فلان بن فلان، وإن كان المدعي لا يقدر على إثبات نسبه بالبينة، كتب القاضي: حضرني مجلس الحكم رجل ذكر أنه فلان، ولم أعرفه، ولم يقم بينة عندي على نسبه،

فيكتب على هذا الوجه حتى إذا أقر المدعى عليه عند القاضي المكتوب إليه باسمه ونسبه كما ذكرنا، وقامت البينة عند المكتوب إليه على اسمه ونسبه أنفذه عليه، وما لا فلا، فبعد ذلك إن حكى المدعي في الكتاب كان أولى وأبلغ من الاحتياط، وأوثق في قلب القاضي المكتوب إليه، فالتعريف ببيان الوصف والهيئة والسيماء يفيد زيادة علم، قال الله تعالى: ﴿ولو نشاء لأريناكهم فلعرفتهم بسيماهم﴾[1].

ثم يكتب من غير خصم أحضره معه ولا وكيل عن خصم أحضره معه؛ لأن كتاب القاضي لإثبات الحجة على الغائب لنقل شهادة الشهود، حتى يقضي القاضي المكتوب إليه عليه بحضرته، ولو كان حاضراً عند القاضي الكاتب، أو كان وكيله حاضراً يقضي عليه بحضرته، أو بحضرة وكيله، ولا حاجة إلى الكتاب.

ثم يكتب: فادعى على رجل ذكر أنه يسمى فلان ابن فلان ابن فلان الفلاني، وإن كان رجلاً مشهوراً لا يحتاج إلى هذا، بل يكتب: فادعى على فلان، ولا بد أن يذكر المدعي أنه غائب عن هذه البلدة مسيرة سفر؛ لأن بين العلماء اختلافاً في تقدير المسافة التي يجوز كتاب القاضي فيها، ولا رواية لهذه المسألة في المبسوط.

وكثير من مشايخنا رحمهم الله قالوا: لا يجوز فيما دون مسيرة السفر، كما في الشهادة على الشهادة؛ لأن كتاب القاضي نقل الشهادة، فكان هو والشهادة على الشهادة سواء.

والمعنى فيه أن جواز كتاب القاضي إلى القاضي باعتبار الحاجة، فإنه ربما يتعذر على المدعي الجمع بين خصمه وشهوده لبُعد المسافة، فيحتاج إلى الكتاب، وهذا المعنى لا يتأتى فيما دون مسيرة السفر، وبعض مشايخنا رحمهم الله جوّزوا ذلك، وهكذا ذكر صاحب الأقضية.

١٤٤٩٦ والذي ذكره صاحب الأقضية: إذا كان في مصر واحد قاضيان، كل قاضي يقضي على ناحية خاصة دون ناحية صاحبه، حتى صار كل واحد منهما في ذلك بمنزلة قاضي في مصر على حدة، فكتب أحدهما إلى صاحبه في حق الرجل قامت له بينة عليه

---

(١) سورة محمد: الآية ٣٠.

قال: على قياس قول أبي يوسف رحمه الله آخراً المكتوب إليه يقبل الكتاب إذا شهد عنده شاهدان أنه كتابه وخاتمه، وعلى قياس قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا يقبل حتى يشهد عنده أنه قرأه عليهما وأشهدهما على ما فيه، وختم بحضرتهما، وهو رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله، ورواية هشام عن محمد رحمهما الله، وهكذا ذكر الطحاوي في اختلاف العلماء، ووجه أن نقل القاضي في حكم القضاء لا في حكم الشهادة.

ألا ترى أنه يختص هذا النقل بولاية القضاء، ثم يجوز القضاء من القاضيين في مصر واحد، فكذا هذا، وإذا كانت المسألة بحالها لابد من ذكر الغيبة مدة السفر ليخرج عن حد الاختلاف، فإن ذكر ذلك، ولم يعلم القاضي بأنه أقام البينة على ذلك، فإذا أقامها كتب القاضي، وذكر أنه غائب عن هذه البلدة مدة سفر، ويكتب، وقد ثبت عندي غيبته مدة السفر(1) بالبينة العادلة ليعلم القاضي الكاتب أن(2) كتابة الكاتب كانت بشرائطه، ثم يكتب المدعى به، ويبالغ في إعلامه على نحو ما بينا، ثم يكتب وأنه اليوم مقيم بكورة، كذا يريد به كورة القاضي المكتوب إليه؛ لأنه لو لم يكن في كورته لا يفيد كتاب القاضي ثم يكتب، وأنه جاحد دعواه هذه؛ لأن كتاب القاضي لنقل الشهادة، والشهادة إنما تقبل على الجاحد، ثم يكتب، ويشهد شهوده على صحة دعواه هذه، وتعذر عليه الجمع بينهم وبين المدعى عليه؛ لأن نقل الشهادة إنما يحتاج إليه حال غيبة الشهود عن المدعى عليه، وتعذر الجمع بين الشهود وبين المدعى عليه، حتى لا يصل إلى حقه بالشهادة، فمست الحاجة إلى كتاب القاضي لنقل الشهادة، ثم يكتب: فسألني الاستماع إلى شهادتهم لأكتب بما صح عندي من شهادتهم إلى القاضي فلان، فأجبت إليه، ثم يكتب: فأحضرهم وهم فلان بن فلان يكتب اسم كل واحد منهم، ونسبه وقبيلته وتجارته إن كان تاجراً، ومسكنه ومصلاه ومحلته، فتمام التعريف بذكر هذه الأشياء ثم يكتب فشهد كل واحد منهم بعد الدعوى عقيب الاستشهاد شهادة صحيحة متفقة اللفظ والمعنى.

وإنما يذكر هذه الأشياء؛ لأن الشهادة الصحيحة هي التي يجب العمل بها دون

(1) وفي الأصل: من السفر.

(2) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ: أنه.

لا يقبل منه، ولكن يكتب نقل شهادته كما قال.

ثم يكتب: فأتوا بالشهادة على وجهها، وساقوها على سننها، فسمعتها وأثبتها في المحضر المجلد في ديوان الحكم؛ لأنه ينبغي أن يكون ذكر الدعوى والشهادة مكتوبا في بياض، ويكون في خريطة القاضي حتى يؤمن عن التغيير والتبديل، فمتى يحتاج إليه الرجوع إليه حتى يكون عن بصيرة وطمأنينة.

ثم بعد ذلك إن عرف القاضي الشهود أثبت ذلك في الكتاب فيكتب: وهم معروفون عندي[1] بالعدالة والرضا، وقبول القول، وإن لم يعرفهم سأل المزكي عن حالهم، والواحد يكفي والاثنان أحوط وأبعد عن الخلاف، فإن أثنوا عليهم بالعدالة، يكتب: ورجعت في التعريف عن حالهم إلى من إليه التزكية والتعديل بالناحية، وهم فلان وفلان، فنسباهم إلى العدالة والرضا، وقبول الشهادة، وإن عدل بعضهم، وجرح البعض، فإنه يكتب اسم من عدلاه؛ لأن القاضي المكتوب إليه إنما يقضي بشهادة المعدلين، وكذلك يذكر اسم المزكين؛ لأن العدالة إنما تثبت بقولهم، فينبغي أن يعرفهم القاضي المكتوب إليه حتى يعلم أنه هل يجوز الاعتماد على قولهم في التزكية، وإذا كتب القاضي الكاتب عن السؤال عن الشهود، ويعرف عن حالهم؛ لأنه لو لم يكتب ذلك احتاج القاضي المكتوب إليه إلى السؤال عنهم حتى يمكنه القضاء بشهادتهم، والسؤال عنهم، وعسى لا يمكنه ذلك في مصره، فيكتب القاضي ذلك، حتى يعلم القاضي المكتوب إليه أنه لا حاجة إلى السؤال عن حالهم.

١١٤٩٧ - قال الخصاف رحمهم الله في "أدب القاضي": ولو يكتب القاضي الكاتب في الكتاب أسماء الشهود الذين شهدوا عنده، واختصر واكتفى بقوله: شهد بذلك عندي شهود عدول، كفى، قال: وهذا كما قلنا في القاضي إذا كتب في السجل إن شاء أظهر فيه أسماء الشهود وأنسابهم، وإن شاء أخفى، واكتفى بقوله: "بعد ما ثبت عندي بشهادة شهود عدول" كذا هنا.

ثم القاضي الكاتب بعد ما ظهرت عنده عدالة الشهود الذين شهدوا عنده بالحق للمدعي يحلف المدعي، فإن كان المدعى به دينا يستحلف بالله ما قبضت هذا المال منه،

(١) هكذا في م، وكان في الأصل: عندنا

عنده[1] من الوجه الذي يوجب العلم قبوله قبله ، وقدم في باب مورده ما يحق لله تعالى عليه تقديمه فيه عمانًا بالتوفيق ، وإنما يكتب سؤال المدعي ؛ لأن القاضي نصب لفصل الخصومات لا لإحيائها ، فبيّن أن كتابة هذا الكتاب كان بسؤال المدعي ليكون معذورًا ، ولأن كتاب القاضي حق المدعي ، وحق الإنسان إنما يوفى بعد طلبه .

١٤٤٩٩ - وروي عن محمد رحمه الله : أن القاضي الكاتب يذكر في الكتاب أسماء الشهود الذين أشهدهم على الكتاب ، فيكتب : وأشهدتُ فلانًا وفلانًا على كتابي ومضمونه ، وما ختم على كتابي بحضرتهم ، والإشهاد على مضمون الكتاب أمر لازم ؛ لما ذكرنا أن على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله القاضي المكتوب إليه لا يقبل الكتاب حتى يشهد الشهود على مضمون الكتاب ، وكذلك الختم بحضرتهم شرط لازم ؛ حتى يمكنهم الشهادة على الختم ، فإن الشهادة على الختم شرط عندهما .

واختار بعض المتأخرين كتابة علامة على أوصال قطاع الكتاب ، وأنه زيادة لا بأس بها ، ولا يحتاج إليها ؛ لأن بالختم على الكتاب ينتفي[2] احتمال إدخال قطعة فيها ، وإخراج قطعة عنها ، كما ينتفي[3] احتمال التغيير والتبديل ، ويوقع القاضي على صدر الكتاب وآخره ، كما في السجلات وغيره ، ويكتب في آخر هذا الكتاب : كتب عني بأمري بما جرى فيه مني وعندي ، وأنه يشتمل على كذا كذا قطعة ، وعلى الأوصال على ظاهره مكتوبٌ كذا ، وعلى الباطن مكتوب كذا ، وما ختم بخاتمي ونقش خاتمي كذا يذكر هذه الأشياء مبالغة في التوثيق ، ولو لم يتوثق به لا بأس به ؛ لأن وقع الأمن بسبب الختم عن الاحتمال .

١٤٥٠٠ - ثم إذا انتهى الكتاب إلى المكتوب إليه ينبغي للمكتوب إليه أن يجمع بين الذي جاء بالكتاب وبين خصمه بطلبه ، ولا ينبغي له أن يقبل البينة على أنه كتاب القاضي إلا ومعه خصمه ، وإنما يجمع المكتوب إليه بين المدعي وبين خصمه ؛ لأنه يحتاج إلى فصل الخصومة بينهما ، وإنما يمكنه ذلك عند حضورهما .

---

(١) وفي الأصل : وقلت . عنده .

(٢) وفي م : ينبغي .

(٣) وفي م : ينبغي .

ثم إذا جمع بينهما والمدعى يدعي حقه عليه يسأل القاضي المدعى عليه في دعواه، فإن أقر به ألزمه القاضي ذلك بإقراره، ووقع الاستغناء عن الكتاب وإن جحد دعواه، حتى احتاج المدعي إلى إقامة الحجة يعرض الكتاب على القاضي، فإذا عرض، فالقاضي يقول له: ما هذا؟ فيقول: كتاب قاضي فلان، فيقول له القاضي: هات البينة على أن هذا كتاب ذلك القاضي؛ لأن القاضي لا يعرف حقيقة الحال، فيسأله الحجة على ذلك، والحجة الشهادة، ولو قبل الكتاب من غير حضرة خصمه جاز، ولو سمع البينة على أن هذا كتاب القاضي من غير حضرة خصمه، لا يجوز، فحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب، وإنما كان حضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب؛ لأن القضاء مضاف إلى هذه الشهادة، فلا بد لقبولها من حضرة الخصم، كما لا بد للقضاء من حضرة الخصم؛ لأن هذه شهادة في حقوق العباد، ولا تقبل الشهادة في حقوق العباد إلا بحضرة الخصم.

وقول محمد رحمه الله في الشروط: فإن قبل[1] ذلك وليس معه خصم جاز، أراد به قبول الكتاب، لا قبول البينة على الكتاب، ثم إذا شهد الشهود أن هذا كتاب قاضي فلان مختوم بخاتمه ختمه بحضرتنا، وقرأه علينا، وفسر ما في الكتاب على وجهه، ويشهدوا به، فالقاضي يقبله.

١٤٥٠٦- وفي نوادر ابن رستم: أنه إذا وصل الكتاب إلى القاضي، ينبغي للمكتوب إليه أن يسأل الشهود عن القاضي الكاتب أهو عدل؟ فإن عدلوه عمل به، وقبله، وإن لم يعدلوه لا يقبله، ولا يعمل به، وهذا السؤال لازم على الرواية التي يشترط العدالة لصيرورة القاضي قاضياً، وهو اختيار بعض المشايخ؛ لأن على هذه الرواية ما لم تثبت عدالته لا يثبت أنه كتاب القاضي، فإذا عدلوه ظهر أنه كتاب القاضي، وإذا لم يعدلوه ظهر أنه كتاب غير القاضي، أما على الرواية التي لا يشترط العدالة لصيرورته قاضياً، وعليه الفتوى، هذا السؤال بطريق الاحتياط ليكون أبعد عن الخلاف.

قال ابن رستم. قلت لمحمد رحمه الله: إن قالوا: هو جاهل، قال: إنما أنظر فيما قضى به، فإن كان موافقاً للحق أمضيته.

(١) وفي الأصل ورم: فإن قبل

كتب الكتاب لأجل فلان الغائب ، وإذا كان الغائب وكل المسمى بالاسم والنسب ، فلا بد من إثبات اسمه ، فلعله وجد الكتاب مطروحًا ، فأخذه ، وأراد أن يأخذ بحق غيره ، فلا بد من إثبات اسمه ونسبه ، ومن إثبات الوكالة حتى يصير خصمًا يسمع منه دعوى الكتاب ، فإن أقام بينة على الكتاب قبل أن يقضي ببينة وكالته ، القياس أن لا تقبل ، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ، وفي الاستحسان تقبل وهو قول محمد رحمه الله ، وعن أبي يوسف رحمه الله روايتان ، وسيأتي الكلام بعد هذا إن شاء الله تعالى .

١٤٥٠٤ - قال ابن سماعة عن محمد رحمه الله : إذا سمع القاضي البينة على الوكالة والكتاب ، فقبل أن تظهر عدالة الشهود عزل القاضي الكاتب ، ثم ظهرت عدالتهم ، قضى القاضي بالأمرين جميعًا ، أما بالوكالة فظاهر ، وأما بالكتاب فلأن كتاب القاضي لنقل الشهادة ، فحيث شهدوا بالكتاب ، وأتوا بجميع الشرائط ، فقد تم النقل ، فلا يمنع القضاء بعد ذلك لمكان العزل ، لأن ذلك لا يخل[1] بالنقل الذي تم به ، وإن عدلت بينة الوكالة ، ولم يعدل بينة الكتاب ، حتى عزل القاضي الكاتب ، فأراد الوكيل أن يقيم بينة أخرى على الكتاب والختم ، لا يقبل ذلك منه ؛ لأن العزل وجد قبل تمام النقل ، فصار كالعزل قبل الكتاب ، وذلك يمنع الكتاب ، فهذا يمنع القضاء به .

١٤٥٠٥ - وإن عدلت بينة الكتاب ، ولم يعدل بينة الوكالة حتى عزل الكاتب ، فأراد الوكيل أن يقيم بينة على أن فلانًا قد كان وكله يومئذ ، وعدلت الشهود ، قبلت البينة ، وقضى بالوكالة ؛ لأنه يقضي بالوكالة في زمان متقدم ، وظهر أن بينة الكتاب والختم قامت من الخصم ، وهذا التفريع إنما يأتي على قول محمد رحمه الله ، لا على قول أبي حنيفة رحمه الله ؛ لأن على قوله البينة على الكتاب قبل القضاء بالوكالة غير مقبولة .

ثم إذا قبل القاضي الكتاب ، وفتحه ، وأتى بجميع الشرائط على ما بينا ، هل يقضي بما في الكتاب ، إن علم القاضي أن الذي جاء بالكتاب فلان ابن فلان الفلاني ، أو أقر به الخصم ، أو شهد الشهود أنه صاحب الكتاب ، يقضي ، وإن لم يكن شيء من هذه ساله البينة أنه فلان ابن فلان ؛ لأن الكتاب يتعلق بالحق لفلان ابن فلان ، فلا بد من أن

---

(١) هكذا في الأصل و م ، وكان في ظ : لا يمنع

يعلم المكتوب أنه فلان بن فلان، فلعل الذي جاء بالكتاب غير صاحب الحق، سمّي باسم صاحب الحق ليأخذ حقه.

وإن سأل البينة قبل ذلك، فهو أحسن، قصرًا للمسافة، وإن المدعي يدعي دارًا بالإرث، فالقاضي الكاتب يكتب في كتابه، ويذكر أن فلان ابن فلان ابن فلان مات، فقد ذكر في تعريف من ينتقل الملك منه بالإرث؛ لأن القضاء بالملك للوارث بجهة الإرث إنما يكون بواسطة ثبوت الملك للمورث، فلا بد من معرفته ليمكنه القضاء له، ثم ينتقل منه إلى الوارث، وتعريفه بذكر اسمه ونسبه، ثم يكتب وترك دارًا بالكوفة في بني فلان إلى آخر ما ذكرنا، ثم يكتب: وكانت هذه الدار ملكًا وحقًا لفلان بن فلان ابن فلان، وفي يده وتحت تصرفه إلى أن توفي، وخلف فلانًا لا وارث له غيره، وترك هذه الدار المحدودة ميراثًا له، ولا ينبغي أن يكتفي بذكر المدعي لا أعلم له وارثًا غيري؛ لأنه إذا قال: لا أعلم له وارثًا فما ادعى استحقاق جميع الدار لنفسه، بل أظهر الشك في ذلك بالإضافة إلى علمه، فكيف يقضى له بملكية جميع الدار؟

ثم يذكر: وأتاني فلان المدعي بفلان وفلان، فشهدا أن فلان ابن فلان توفي إلى آخر ما ذكرنا.

١٤٥٠٦- وإذا وقع الدعوى في العقار، وطلب المدعي من القاضي أن يكتب له بذلك كتابًا، فهذا على وجهين: إما أن يكون العقار في بلد المدعي، ويكون المدعى عليه في بلد آخر، وإما أن يكون العقار في بلد آخر غير البلد الذي فيه المدعي، وأنه على وجهين: إما أن يكون في البلد الذي فيه المدعى عليه، أو يكون في بلد آخر غير البلد الذي فيه المدعى عليه، وفي الوجوه كلها القاضي يكتب له بذلك كتابًا؛ لأن العبرة في هذه الغيبة للمدعى عليه، فبعد ذلك إن كان العقار في البلد الذي فيه المدعى عليه، ووصل الكتاب إلى المكتوب إليه، فالمكتوب إليه يعمل به بشرائطه على ما بينا، ويحكم به للمدعي، ويأمر المحكوم عليه بتسليمه إلى المدعي.

١٤٥٠٧- وإن امتنع المدعى عليه عن التسليم، فإن القاضي يسلم بنفسه؛ لأن العقار في ولايته، فيقدر على تسليمه، وإن كان العقار في البلد الذي فيه المدعي، فالقاضي المكتوب إليه بالخيار إن شاء بعث المدعى عليه، أو وكيله مع المدعي إلى

ويكتب له كتابًا إلى قاضي سمرقند على نحو ما بينا في الديون غير أنه يكتب شهد عندي فلان وفلان وفلان أن العبد الهندي الذي يقال له : فلان حليته كذا ، وقامته كذا ملك فلان المدعي هذا ، وقد أبق إلى سمرقند وهو اليوم في يد فلان بسمرقند بغير حق ، ويشهد على كتابه شاهدين يشخصان إلى سمرقند ، ويعلمهما ما في الكتاب حتى يشهدا عند قاضي سمرقند بالكتاب ، وبما فيه فإذا انتهى هذا الكتاب إلى قاضي سمرقند يحضر العبد مع الذي في يديه ، حتى يشهدا عند قاضي سمرقند بالكتاب وبما فيه ، حتى تقبل شهادتهما بالإجماع ، فإذا قبل القاضي شهادتهما ، وثبت عدالتهما عنده فتح الكتاب ، فإن وجد حلية العبد المذكور فيه مخالفًا لما شهد به الشهود عند القاضي الكاتب ، رد هذا الكتاب ، إذ ظهر أن هذا العبد غير المشهود به في الكتاب ، وإن كان موافقًا قبل الكتاب ، ودفع العبد إلى المدعي من غير أن يقضي له بالعبد ؛ لأن الشهود لم يشهدوا بحضرة العبد ، ويأخذ كفيلًا من المدعي بنفس العبد ، ويجعل في عنق العبد خاتمًا من رصاص حتى لا يتعرض له أحد في الطريق أنه سرق ، ويكتب كتابًا إلى قاضي بخاري ، ويذلك يشهد شاهدين على كتابه وختمه ، وما في الكتاب . فإذا وصل الكتاب إلى قاضي بخاري ، وشهد الشهود أن هذا الكتاب كتاب قاضي سمرقند وخاتمه ، أمر المدعي أن يحضر شهوده الذين شهدوا عنده أول مرة ، فيشهدون بحضرة العبد أنه ملك هذا المدعي ، فإذا شهدوا بذلك ماذا يصنع قاضي بخاري؟ اختلفت الروايات عن أبي يوسف رحمه الله في بعض الروايات أن قاضي بخاري لا يقضي للمدعي بالعبد ؛ لأن الخصم غائب ، ولكن يكتب كتابًا آخر إلى قاضي سمرقند ، ويكتب فيه ما جرى عنده ، ويشهد شاهدين على كتابه وختمه ، وما فيه ويبعث بالعبد معه إلى سمرقند ، حتى يقضي له قاضي سمرقند بالعبد بحضرة المدعى عليه ، فإذا وصل الكتاب إلى قاضي سمرقند ، وشهد الشاهدان عنده بالكتاب والختم ، وبما في الكتاب ، وظهرت عدالة الشاهدين قضى للمدعي بالعبد بحضرة المدعى عليه ، وأبرأ كفيل المدعي .

وقال في رواية أخرى : إن قاضي بخاري يقضي بالعبد للمدعي ؛ ويكتب إلى قاضي سمرقند حتى يبرئ كفيل المدعي ، وعلى الرواية التي جوّز أبو يوسف رحمه الله في كتاب القاضي في الإماء

وصورته ما ذكرنا في العبد غير أن المدعي إذا لم يكن ثقة مأمونًا فالقاضي

المكتوب إليه لا يدفعها إليه، ولكن يأمر المدعي، حتى يجيء برجل ثقة مأمون في دينه وعقله يبعث بها معه؛ لأن الاحتياط في باب الفرج واجب.

١٤٢٠٩- وإذا مات القاضي الكاتب قبل أن يصل الكتاب إلى المكتوب إليه، فالمكتوب إليه لا يعمل بهذا الكتاب عندنا، وقال أبو يوسف رحمه الله في الأمالي: يعمل، وهو قول الشافعي رحمه الله، ووجهه أن كتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة؛ لأنه بكتابه ينقل شهادة الشاهدين الذين شهدوا عنده بالحق إلى القاضي المكتوب إليه، والنقل قد تم بالكتابة، فكان بمنزلة شهود الفرع إذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء، وإنه لا يمنع القضاء.

ولنا: أن القاضي الكاتب وإن كان ينقل شهادة الذين شهدوا عنده، إلا أن هذا النقل حكم القضاء، ألا ترى أنه لا يصح هذا النقل إلا من القاضي، ولم يشترط فيه العدد، ولفظه الشهادة، ووجب على القاضي الكاتب هذا النقل بسماع البينة، وما يجب على القاضي بسماع البينة قضاء، فدلّ أن لهذا النقل حكم القضاء، ولم يتم بعد؛ لأن تمامه يوجب[1] القضاء على المكتوب إليه، ولا يجب القضاء على المكتوب إليه قبل وصول الكتاب إليه، وقبل قراءته، فلم يكن النقل تامّاً، فيبطل بموت القاضي، كما في سائر الأقضية، إذا مات القاضي قبل إتمامها، بخلاف شهود الفرع إذا ماتوا بعد الشهادة قبل القضاء؛ لأن ما يتوقع من جهتهما أداء موجب للقضاء، وقد تم أما المتوقع من جهة القاضي الكاتب نقل[2] موجب القضاء، ولم يتم بعد ونظير مسألة الكتاب من مسألة الشهادة إذا قال الشاهد: أشهد، ومات قبل تمام الأداء، وهناك تبطل الشهادة أيضاً.

ولو قبل مع هذا، وقضى به، ثم رفع إلى قاضي آخر أمضاه؛ لأن قضاءه صادف محل الاجتهاد، وكذلك الجواب فيما إذا مات بعد وصول الكتاب إليه قبل القراءة؛ لأن وجوب القضاء على المكتوب إليه إنما يكون عند القراءة، وقبل القراءة لم يكن النقل تاماً، فيبطل بالموت.

وأما إذا مات بعد وصول الكتاب والقراءة، فإن المكتوب إليه يعمل به، هكذا ذكر

(١) هكذا في الأصل وم وكان في ظ: موجب.

(٢) هكذا في ظ وب، وكان في الأصل: نقل.

في ظاهر الرواية، وهو قول أصحابنا، وعن أبي يوسف وروي عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يقضي، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأن المتوقع من قبل القاضي الكاتب نقل الشهادة، وقد تم النقل منه، فموته بعد ذلك لا يضر، والمتوقع من قبل المكتوب إليه القضاء، فإنه حي، فأمكن القول بوجوب القضاء عليه.

١٤٥١٠ - هذا إذا مات القاضي الكاتب، فإن عزل القاضي الكاتب، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا مات، إذ المعنى لا يوجب الفصل، وأما إذا مات المكتوب إليه، أو عزل، أو استعمل مكانه قاضٍ آخر، فوصل الكتاب إلى الذي استعمل، هل يعمل به؟ ينظر إن كان في الكتاب: وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين يعمل به، وإن كان بخلافه(١) لا يعمل به عندنا خلافًا للشافعي رحمه الله، والصحيح قولنا؛ لأن القاضي الكاتب اعتمد على علم الأول، وأمانته، والقضاة متفاوتون في أداء الأمانات، لأنهم غير معصومين عن الخيانة، فصار بمنزلة الأمناء في الأموال، وثمة التعيين صحيح، فكذا هنا، وإذا صح التعيين ظهر أن الثاني غير المكتوب إليه، وغير المكتوب إليه لا يملك القضاء بالكتاب، بخلاف ما إذا كان في الكتاب: وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين؛ لأن هناك اعتمد على علم الكل وأمانتهم، فكان الكل مكتوبًا إليهم، أما هنا بخلافه.

١٤٥١١ - قال في [illegible]: وإذا جاء الرجل بكتاب القاضي إلى قاضٍ آخر، فلم يجد خصمه ثمة، فسأل المدعي القاضي المكتوب إليه أن يكتب له إلى قاضٍ آخر بما أتاه من القاضي الأول، فعل إذا ثبت عنده ذلك، ويثبت كتابه كما ذكرنا، وهذا لأن شهادة الشهود الذين شهدوا عند القاضي الكاتب صار منقولاً إلى المكتوب إليه حكمًا، فيعتبر بما لو شهدوا عنده حقيقة، ولو شهدوا عنده حقيقة، وطلب المدعي من القاضي أن يكتب له كتابًا إلى قاضي البلد الذي خصمه هناك، أليس أن يكتب له كتابًا؟ كذا هنا، إلا أن القاضي المكتوب إليه إنما يكتب بقدر ما ثبت عنده، والثابت عنده كتاب القاضي الأول بالحق على الغائب، لا نفس الحق، فيكتب بنسخ كتاب القاضي الأول؛ لأنه هو أصل الحجة، وإن شاء حكى ذلك في كتابه.

---

(١) في [illegible]: وإن لم يكن في الكتاب وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين.

١٤٥١٢ - وكذلك إن كان المدعي قال للقاضي الأول: إني لا أجد من الشهود من يصحبني إلى بلد الخصم، فاكتب إلى قاضي بلد كذا ليكتب ذلك القاضي إلى قاضي بلد الخصم، أجابه(١) القاضي إلى ذلك، فإن الإنسان عسى يصير مبتلى بهذا، فربما لا يجد من بلد الكاتب قافلة يذهب إلى بلد الخصم، ويجد قافلة من بلدة أخرى يذهب إلى بلد الخصم، ومن هذه البلدة إلى تلك البلدة.

١٤٥١٣ - وكذلك على هذا لو مرض الشهود على الكتاب، فأشهدوا(٢) على شهادتهم جاز ذلك، وإذا شهد الفروع على شهادة الأصول على الكتاب بما ذكرنا من الشرائط عند المكتوب إليه، فإنه يقبله؛ لأن الشهادة على الشهادة حجة في إثبات الحقوق التي تثبت مع الشبهات، وكتاب القاضي إلى القاضي يثبت مع الشبهات، فجاز أن يثبت بالشهادة على الشهادة، فيثبت بشهادة الفروع شهادة الأصول، ويثبت بشهادة الأصول كتاب القاضي إليه.

١٤٥١٤ - ولو كان المدعي قال للقاضي الأول: اكتب إلى قاضي مرو، وإلى قاضي نيسابور حتى أذهب إلى مرو، فإن وجدت خصمي ثمة وإلا أذهب إلى قاضي نيسابور، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله: يجيبه إلى ذلك؛ لأنه توسع في هذا الباب حتى جوز الكتاب إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لجماعة، والجهالة فيه أعظم، فلئن كان يجوز ثمة، فههنا أولى، وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا يكتب على هذا الوجه؛ لأن جهالة المكتوب إليه عندهما مانعة صحة الكتاب، ولو كان كتب إلى قاضي مرو، فوجد الطالب خصمه هناك، وأقام البينة على الكتاب بشرائطه عند قاضي مرو بحضرة المطلوب، ثم هرب المطلوب قبل أن يظهر عدالة الشهود، وذهب إلى سرخس، ثم ظهرت عدالة الشهود، قال أبو يوسف رحمه الله: ليس للقاضي المكتوب إليه أن يكتب إلى قاضي سرخس، وقال محمد رحمه الله: له ذلك.

١٤٥١٥ - وهذه المسألة فرع مسألة ذكرها محمد رحمه الله في «الزيادات»، وهو أن الرجل إذا ادعى على آخر مالاً، وأقام البينة بمحضر من المطلوب وجحوده، ثم هرب

---

(١) هكذا في ظ و م، وكان في الأصل و ب: أجاب.

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل و م: فما شهدوا.

خصمه من بلدة المكتوب إليه إلى بلدة أخرى

وما ذكرنا من الاحتمال قد زال برد الكتاب؛ لأن القاضي المكتوب إليه لو أخذ المدعى عليه بحق المدعي، لا يترك المدعي حتى يذهب بالكتاب. فيكتب ثانيًا إحياء لحق المدعي.

١٤٥١٦ - ولو أن القاضي الكاتب أراد أن يكتب له ثانيًا قبل رد ذلك الكتاب عليه مع أنه ليس له ذلك، ينبغي أن يبين في الكتاب أنه قد كتب له مرة إلى قاضي بلدة كذا بهذه النسخة ليزول به الالتباس.

وكذلك لو أن الطالب قال: قد ضاع مني الكتاب، وطلب من القاضي أن يكتب له ثانيًا، يكتب، لما قلنا. ويبين في الكتاب أنه قد كتب له بهذه النسخة مرة، وأنه زعم أنه ضاع، حتى يزول به الالتباس.

١٤٥١٧ - قال في "أدب القاضي": وإذا كتب كتابًا بحق لرجل على رجل، فلم يخرج الكتاب من يده حتى حضر الخصم الذي أخذ الكتاب عليه، فقدمه إليه، فإنه لا ينبغي للقاضي أن يقضي عليه بذلك حتى يعيد المدعي البينة على ذلك بحضرته؛ لأنه إنما سمع تلك البينة للنقل، لا للقضاء، فصار بمنزلة شاهد الفرع إذا تحمّل الشهادة عن الأصل، ثم استقضي لم يكن له أن يقضي بشهادة الأصل حتى يشهدوا عنده ثانيًا على الحق؛ لأنه إنما سمع منهم تلك الشهادة ليتحمّل شهادته عليهما، لا ليقضي بها، فلم يجز له أن يقضي بها.

وهذا لأن البينة للقضاء شرط صحتها حضرة الخصم، وتقدير جحوده، ولم يوجد، فلا يجوز القضاء بها، وإن كتب القاضي إلى الأمير الذي استعمله، أي قلّده وهو معه في المصر أصلح الله الأمير، وقصّ القصة والشهادة، وبعث بالكتاب مع ثقة يعرفه الأمير. فإن لقضاء الأمير فهو جائز، وإن لم يكن معنونًا ولا مختومًا، ولا شهد عليه الشهود أنه كتاب القاضي وختمه، وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز إذا لم يكن عليه عنوان باسم القاضي، واسم الأمير، وأسماء آبائهما وأجدادهما، ولا يكون مختومًا، ولا شهد عليه شاهدان؛ لأن الكتاب إذا لم يكن مختومًا لا يؤمن فيه الزيادة والنقصان والتغيير والتبديل.

ولأنه بدون الشهادة والعنوان لا يثبت أنه كتاب القاضي إليه، فوجب أن لا يقبل كما لو كان الأمير في مصر آخر، وكما في كتاب القاضي إلى القاضي.

وجه الاستحسان: أن كتاب القاضي إلى الأمير في المصر يكثر؛ لأنه يستعين به في كل ما يعجز بنفسه، فلو شرطنا فيه الشرائط أدى إلى الحرج، بخلاف ما إذا كانا في مصرين؛ ولأنه قل ما يتجاسر أحد على التغيير في الكتاب إلى الأمير إذا كانا في مصر واحد؛ لأنهما يلتقيان عن قريب، فيتذاكران ما نقل أحدهما إلى الآخر، فيقفان على التغيير لو حصل، فلا يتجاسر أحد على ذلك، بخلاف ما إذا كانا في مصر آخر؛ لأنه لا يقف على التغيير، فيبالغ في الاحتياط.

١٤٥٤٨ - قال في "الأصل": ولا يقبل كتاب قاضي رستاق أو قرية ولا كتاب عاملها، وإنما يقبل كتاب قاضي مدينة فيها منبر وجماعة، وهذا على ظاهر الرواية؛ لأن على ظاهر الرواية المصر شرط لنفاذ القضاء، والكتاب كالقضاء من حيث القضاء، ثم على الرواية التي لم يشترط المصر فيها لنفاذ القضاء، يقبل كتاب قاضي الرستاق، وقاضي القرية. ولو أن رجلا في يده أمة، أقام الآخر البينة أنها له، وقضى بها القاضي له، فقال الذي في يديه: إني اشتريتها من فلان، وهو في بلد كذا، وقد دفعت الثمن إليه، فاسمع شهودي واكتب لي بذلك إلى قاضي ذلك البلد، صح عنده؛ لأنه يريد الرجوع بالثمن، والثمن دين، فصار بمنزلة سائر الديون، فيكتب القاضي، كما يكتب في سائر الديون.

١٤٥٤٩ - ولو أن جارية في يدي رجل ادعت أنها حرة الأصل بعدما أقرت بالرق، وأقامت البينة، فقضى القاضي بحريتها، وإن كانت تناقض؛ لأن التناقض لا يمنع صحة الدعوى في الحرية؛ لأنه لا يمنع الصحة، أو لأن دعوى الأمة ليست بشرط لسماع البينة على حريتها، فإن أقام الذي في يده البينة على أنه اشتراها من فلان الفلاني بكذا، ونقده الثمن، وطلب من القاضي الكتاب ليبعثه إلى ذلك؛ لأنه يريد الرجوع بالثمن، والثمن دين.

ولو أنها لم تقم البينة على حريتها، ولكن ادعت الحرية، وأنكرت إقرارها بالرق، ولم يكن لذي اليد بينة على إقرارها بالرق، جعلها القاضي حرة؛ لأن في يدها نفسها، والقول قولها بغير يمين عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافا لهما، فإنهما يحلفانها عليه.

اليمين، فإن قال ذو اليد: إني اشتريتها من فلان، ونقدتها الثمن، فاسمع من شهودي لأرجع عليه بالثمن، لا يجيبه إلى ذلك، بخلاف المسألة الأولى.

والفرق: أن في هذه المسألة القاضي ما قضى بحريتها، بل تركها على ما كانت، وقد كانت على الحرية بحكم ظاهر الدار؛ لأن الدار دار الإسلام، ومن كان في دار الإسلام فالظاهر أنها حرة، لكن لم يحكم بحريتها قبل دعواها؛ لأن سكوتها مخالف لذلك الظاهر، فإذا ادعت الحرية فقد تقرر حكم ذلك الظاهر، فتركها القاضي على ما أوجبه الظاهر؛ لا أنه أوجب الحرية بقضائه، وإذا لم يكن هذا قضاء بالحرية، لم تظهر الحرية في حق البائع، فلا يكون للمشتري حق الرجوع على البائع، أما في المسألة الأولى: القاضي قضى بالحرية، وأوجبها بالبينة، وأنه قضاء على الناس كافة، فتظهر الحرية في حق البائع، فيستحق بها الرجوع على البائع.

وكذلك إذا ادعت حرية الأصل بعد ما أقرت بالرق، وصدقها صاحب اليد، لا يرجع المشتري بالثمن على البائع؛ لأن الحرية إنما ظهرت بإقرار صاحب اليد، وإقراره لا يكون حجة على البائع، وكذلك إذا أنكرت الرق ابتداء، وادعت حرية الأصل، حتى كان القول قولها، لا يكون للمشتري أن يرجع بالثمن على البائع، فإن أراد المشتري أن يحلف البائع في هذين الفصلين ما يعلم أنها حرة الأصل، يريد به الرجوع بالثمن على البائع، فله ذلك؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف، فإن حلف لا شيء عليه، وإن نكل فقد أقر بما ادعاه المشتري، فيلزمه رد جميع الثمن.

فإن قيل: كيف يحلف البائع هنا، والتحليف يترتب على دعوى صحيحة، ودعوى الحرية من المشتري لم يصح؛ لمكان التناقض، فإن الإقدام على الشراء إقرار بالرق عليها؟

قلنا: لا، بل دعوى الحرية من المشتري صحيح مع تناقضه؛ لما عرف أن التناقض لا يمنع صحة دعوى الحرية، فلو أن المشتري في هذين الفصلين لم يطلب تحليف البائع، ولكنه أراد أن يقيم البينة على حريتها، يريد به الرجوع بالثمن على البائع، تسمع بينته.

١٤٥٢٠ - فرق بين هذا وبينما إذا ادعى رجل عبدا في يدي رجل، وأقر صاحب اليد بالعبد له، لا يكون لصاحب اليد أن يرجع على بائعه بالثمن، فلو قال صاحب اليد:

إذا أقيم البينة على أنه ملك المدعي، يريد به الرجوع على البائع، لا تُسمع بينته.

والفرق من وجهين: أحدهما: أن في فصل الاستحقاق بينة المشتري قامت على إثبات ما هو ثابت؛ لأنها قامت على إثبات الملك للمستحق، والملك للمستحق ثابت بإقرار المشتري، فأما في فصل الحرية بينة المشتري قامت على إثبات ما ليس بثابت؛ لأن المشتري ببينته يثبت أن البائع غاصب للثمن؛ لأن الحرة لا تدخل تحت العقد أصلاً، وبدلها لا يصير ملكاً للبائع، فهو بهذه البينة يثبت أن البائع قبض مال المشتري بغير حق، وهذا هو تفسير الغصب، والغصب لم يكن ثابتاً. أما المشتري في فصل الاستحقاق لا يثبت غصب البائع الثمن؛ لأنه لا يثبت أن ما أخذه البائع أخذه بغير حق؛ لأن بدل المستحق مملوك، ولكن يثبت الملك للمستحق في المحل، ليثبت له حق فسخ العقد، وفيما يرجع إلى ذلك البينة قامت على إثبات ما هو ثابت.

١٤٥٢١ - الفرق الثاني: أن في الفصلين جميعاً المشتري مناقض، إلا أن التناقض لا يمنع دعوى الحرية، ويمنع دعوى الملك، ولو أن رجلاً أورد على قاض كتاباً من قاض على رجل بحق، فوافى البلد، وقد مات المطلوب، فأحضر الطالب ورثة المطلوب، أو وصيه، وجاء بالكتاب إلى القاضي، وأحضر شهوده على الكتاب بمحضر من الوارث أو الوصي بنفس الكتاب، ويسمع شهوده على الكتاب بمحضر من الوارث أو الوصي، وينفذ ذلك، سواء كان تاريخ الكتاب بعد موت المطلوب أو قبله؛ لأن الوارث خليفة المورث، والوصي نائب عن الميت، ويكون قائماً مقام الميت، ألا ترى أن الطالب لو أقام بينة بالحق على الميت، كان الوارث والوصي هو الخصم، كذا هنا

١٤٥٢٢ - وإذا أورد على قاض كتاب قاض آخر بشيء لا يراه هذا القاضي، وهو مما اختلف فيه الفقهاء، فإنه لا ينفذه؛ لأن كتاب القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة، ثم شهود الفرع إذا شهدوا بحق عند القاضي، وهو لا يرى ثبوت ذلك الحق، وهو مما اختلف فيه العلماء، فإن الرأي في ذلك إلى القاضي، إن شاء قضى، وإن شاء لم يقض، كذا هنا، وفرق بين هذا الكتاب وبين السجل، فإنه إذا ورد السجل من قاض إلى قاض آخر، وهو لا يرى ذلك، وهو مما اختلف فيه العلماء، فإنه ينفذه ويمضيه.

والفرق، وهو أن السجل لا يكون إلا بعد القضاء، والقضاء صادف محلاً مجتهداً

فيه ، فنفذ فلا يكون لأحد بعد ذلك إبطاله . فأما الكتاب يكون قبل انقضاء ، فكان للقاضي الذي ورد عليه الكتاب أن يبني رأي نفسه ، وإلى هذا الفرق أشار الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي" ، فقال : لأن كتاب القاضي ليس بقضاء إنما هو بمنزلة الشهادة ، ولئن سلّمنا أن كتاب القاضي قضاء إلا أنه ليس بقضاء من كل وجه ، بل هو قضاء من وجه دون وجه ، فمن حيث إنه قضاء إن كان يجب على الثاني العمل به ، فمن حيث إنه ليس بقضاء لا يجب ، فلا يجب العمل على الثاني بالشك .

ولو أن رجلا أورد على قاضي كتاباً من قاضي بحق على رجل ، وكان في الكتاب اسم المدعى عليه ونسبه وصناعته وفخذه[1] ، وفي تلك الصناعة ، وفي ذلك الفخذ اثنان على ذلك الاسم والنسب ، لم يقبل القاضي الكتاب حتى يقيم البينة على المطلوب أنه هو الذي كتب فيه الكتاب ؛ لأن التعريف لا يقع بهما ، إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر ، وإن لم يكن في تلك القبيلة أو الصناعة اثنان على ذلك الاسم ، أنفذ القاضي الحكم عليه ؛ لأنه وقع التعريف بهذا ، فإن قال المطلوب : في هذا الفخذ ، أو في هذه التجارة رجل آخر على هذا الاسم والنسب ، لم يقبل منه ، ولم يندفع عنه الخصومة من غير بينة .

وإن قال المطلوب : أنا أقيم البينة أن في هذا الفخذ ، أو في هذه التجارة رجلا على هذا الاسم والنسب ، فهذا على وجهين : إن قال : أنا أقيم البينة أن في هذا الفخذ ، أو في هذه التجارة رجلا على هذا الاسم والنسب وهو حي ، تقبل هذه الشهادة ، وتندفع الخصومة عنه ؛ لأنه إذا كان فيه رجل آخر بهذا الاسم في الحال ، لا يتعين هو المطلوب .

وإن قال : أنا أقيم البينة أنه كان في هذا الفخذ ، أو في هذه التجارة رجل على هذا الاسم والنسب ، وأنه مات ، لم يقبل ذلك منه إلا أن يكون موت فلان بعد تاريخ الكتاب ، وشهادة الشهود بالحق في كتاب القاضي الآن يقبل[2] ، وتندفع الخصومة ؛ لأنه إذا كان فلان مات قبل تاريخ الكتاب ، تعين الباقي مطلوباً ، وإذا مات فلان بعد تاريخ الكتاب لم يتعين ، فيبقى الاشتباه .

١٥٤٢٣ - وإن قال الخصم : أنا فلان ابن فلان الفلاني ، وليس لهذا على

---

(١) الفخذ : الأسرة والقبيلة .

(٢) وكان في الأصل : وإلا أن يقبل .

شيء، لم تقبل ذلك منه، ولم يكن في هذا حجة له؛ لأنه أقر أن المكتوب في الكتاب هو، فلا يكون بجحوده الحق حجة له. ولو قال: لي حجة أني دفعت المال إليه، أو أبرأني، أو أني بخارج قبل القاضي منه؛ لأنه يدعي المخرج منه، وإسقاط الحق، فتقبل حجته على ذلك.

١٤٥٢٤- وإن قال الخصم: لست بفلان ابن فلان الفلاني، والقاضي المكتوب إليه لا يعرفه، فعلى الرجل الذي أتى بالكتاب أن يقيم البينة أنه فلان ابن فلان بعينه؛ لأن القاضي لم يعرف المطلوب، فيحتاج المدعي إلى إقامة البينة على أنه هو بعينه حتى يتمكن القاضي من القضاء عليه، وإن كان الكتاب على ميت، أحضر القاضي بعض ورثته، وسمع من الشهود، وقبل الكتاب؛ لأن بعض الورثة ينتصب خصماً فيما يدعى على الميت.

١٤٥٢٥- ولو أن هذا القاضي لم يأته الكتاب من القاضي، لكنه أتاه رسالة من القاضي مع رجل عدل ما يكون في الكتاب، وأشهد على ذلك، لم يقبل القاضي هذه الرسالة.

١٤٥٢٦- فرق بين الرسالة والكتاب، والفرق من وجهين. أحدهما: أن القياس يأبى الرسالة، كما يأبى الكتاب لبعض ما ذكرنا من المعاني في الكتاب، لكن عرفنا جواز الكتاب بالأثر وبإجماع التابعين، ولا أثر، ولا إجماع في الرسالة، فيعمل فيها بالقياس.

الفرق الثاني: أن الكتاب من القاضي الكاتب جعل كالخطاب بنفسه للقاضي المكتوب إليه، والكتاب وُجد من موضع القضاء(١)، فكان الخطاب موجوداً من موضع القضاء، فيكون صحيحاً، أما في الرسالة الرسول ينقل خطاب المرسل، والنقل اقتصر على هذا الموضع، فيثبت خطاب المرسل في هذا الموضع، والمرسل في هذا الموضع ليس بقاضٍ، وقول القاضي في غير موضع قضائه، كقول واحد من الرعايا.

ونظير هذا ما رُوي عن محمد رحمه الله: أنه قال في مصر فيه قاضيان، في كل جانب منه قاضٍ على حدة، فكتب(٢) أحدهما إلى الآخر كتاباً، قبل المكتوب إليه كتابه.

(١) وفي الأصل: وجد في موضع.

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل: لم يكتب.

ولو أتى أحدهما إلى صاحبه، وأخبره بالحادثة بنفسه لم يقبل قوله؛ لأن في الوجه الأول الكاتب خاطبه من موضع القضاء، وفي الوجه الثاني خاطبه من غير موضع القضاء.

وكذلك إن قاضيين التقيا في عمل أحدهما، أو في مصر ليس من عملهما، فقال أحدهما للآخر: قد ثبت عندي لفلان ابن فلان الفلاني على فلان ابن فلان الفلاني كذا وكذا، فاعمل بذلك بما يحق الله تعالى عليك، لم يقبل ذلك منه، ولم ينفذه؛ لأن في الوجه الأول الخطاب والسماع وجد في موضع لا ينفذ قضاؤه فيه، فصار كخطاب غير القاضي، أو كسماعه، وهو غير قاض، فلا يجوز أن يعتمد في القضاء به.

وفي الوجه الثاني: الخطاب والسماع وجدا في موضع لا ينفذ قضاؤه فيه، فكان كخطاب غير القاضي لغير القاضي، بخلاف كتاب القاضي إلى القاضي؛ لأن خطاب الكاتب وجد في موضع ينفذ قضاؤه فيه، وسماع المكتوب إليه وجد أيضاً في موضع ينفذ قضاؤه فيه.

١٤٥٢٧- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: رجل له على رجل غائب مال مؤجل، فسأل من القاضي أن يكتب له بذلك كتاباً، فإنه يجيبه إلى ذلك، ويكتب له، ويذكر فيه الأجل على ما شهد به الشهود، وهذا لأن الطالب يحتاج إلى إثبات المال المؤجل، كما يحتاج إلى إثبات المال الحال؛ لأن الدين كما يكون حالاً يكون مؤجلاً، ولو انتظر محل الأجل عسى يغيب شهوده، فيتعذر له[1] الوصول إلى حقه، فقلنا: بأنه يكتب إحياء لحقه، ولكن ينبغي أن يذكر الأجل في الكتاب، كما شهد به الشهود، حتى لا يطالبه قبل محل الأجل، فمطلق الدين ينصرف إلى الحال حتى يثبت فيه التأجيل.

١٤٥٢٨- قال: وإذا ادعى المطلوب أن الطالب قد أبرأني من كل قليل وكثير، أو قال: قد قبضت الدين الذي له علي، وأقام على ذلك بينة، فقال للقاضي: إني أريد أن أقدم البلدة التي فيها الطالب، وأخاف أن يأخذني بالمال، ويجحد الإبراء أو الاستيفاء، وشهودي هاهنا، فاسمع من شهودي، واكتب لي إلى ذلك القاضي، فإنه لا يسمع من شهوده، ولا يكتب له في ذلك على قول أبي يوسف رحمه الله، وقال محمد رحمه الله:

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: «به»، وفي حاشية ظ: عليه.

يكتب.

وأجمعوا على أنه لو قال: جحد لي الاستيفاء مرة، وخاصمني مرة، فأنا أخاف أن يخاصمني مرة أخرى، فاسمع من شهودي، واكتب لي إلى قاضي ذلك البلد أنه يكتب، فوجه قول محمد رحمه الله: إن جواز كتاب القاضي إلى القاضي باعتبار الحاجة، والحاجة هنا ثابتة، فإنه لو حضر ذلك البلدة، ربما يأخذه الطالب بالمال، وليس له ثمّة شهودٌ على الإبراء، فيحتاج إلى العود إلى بلد الشهود، وإقامة الشهود عند القاضي، وأخذ الكتاب منه، وفيه من الحرج ما لا يخفى على أحد.

وأبو يوسف رحمه الله يقول: قبول البينة يعتمد جحوداً حقيقة، أو جحوداً مخبراً به، ولم يوجد كلاهما، بخلاف ما إذا قال: جحدني الاستيفاء مرة أخرى؛ لأن الجحود صار مخبرا به إن لم يوجد حقيقة، فالحاصل: أن حقيقة الجحود من الحاضر تشترط[1] لسماع البينة عليه؛ ليقضى عليه، ومن الغائب يشترط[2] خبر الجحود من الحاضر ليسمع البينة عليه، ويكتب.

ولأن القاضي نصب لفصل الخصومات، لا لتهييجها، وفي هذا تهييج الخصومة؛ لأن الخصومة ما توجهت بعد، فلهذا لا يجيبه إليه، ألا ترى أن الطالب لو كان حاضراً، وقدّمه المطلوب إلى القاضي، وادعى عليه الإبراء أو الاستيفاء، وطلب من القاضي أن يسأله عن ذلك، حتى لو أنكر أقام عليه البينة، فإنه لا يجيبه إلى ذلك، فلما لم يسمع منه ذلك حال حضرته، فحال غيبته أولى، بخلاف ما لو قال: خاصمني مرة؛ لأن هناك الخصومة قد هاجت، فكان الكتابة لفصلها.

فرّقوا بين مسألة الاستشهاد وبينما إذا أحضرت المرأة زوجها إلى القاضي، وقالت: إنه طلقني ثلاثاً، وانقضت عدتي، فتزوجت بزوج آخر، وإني أخاف أن ينكر الطلاق بعد ذلك، فاسأله حتى إذا أنكر أقمت عليه البينة، فإن القاضي يسأله، والفرق ظاهر، وهو: أن القياس فيهما واحد، وهو ما ذكرنا، إلا أنا تركناه ثمّة احتياطاً؛ لأن الباب باب الفرج، والاحتياط في باب الفرج واجب، وأما في باب المال الاحتياط ليس

---

(١) وفي الأصل يشترط وفي م يشرط.

(٢) وفي الأصل: يشرط.

واجب.

١٤٥٢٩ - ومن جنس هذه المسألة دعوى الإبراء عن الغائب مسألتان أخريان. إحداهما: مسألة الشفعة، وصورتها: رجل قال للقاضي: إني اشتريت دارًا، وفلان الغائب شفيعها، وقد سلّم الشفعة، وأخاف أني إذا ذهبت ثم يأخذني بالشفعة، وينكر التسليم، وطلب منه أن يسمع البينة على التسليم، ويكتب ذلك، فهو على الخلاف الذي قلنا.

١٤٥٣٠ - الثانية: مسألة الطلاق، وصورتها: امرأة قالت للقاضي: طلقني زوجي ثلاثًا، وهو في بلد كذا اليوم، وأنا أريد أن أذهب إلى تلك البلدة، وأخاف أن زوجي ينكر طلاقي، فاسمع من شهودي، واكتب إلى قاضي تلك البلدة، فالقاضي هل يجيبها؟ فهو على الخلاف الذي ذكرنا، فإن كان هذا الذي حضر القاضي أخبره عن الجحود والخصومة مرة، سمع بينته، وكتب له بذلك بلا خلاف.

١٤٥٣١ - ولو كان الطالب أبرأ المطلوب بحضرة القاضي، أو كان الشفيع سلّم الشفعة عند القاضي، أو كان الزوج طلّق المرأة عند القاضي، فالقاضي يكتب ما سمع منهم، وهذا على أصل محمد رحمه الله ظاهر؛ لأن العلم الحاصل بالمعاينة فوق العلم الحاصل بالبينة، فلما كان القاضي يكتب ثمة، فهنا أولى، قالوا: وعلى قياس قول أبي يوسف رحمه الله ينبغي أن لا يكتب ذلك.

وإذا أراد القاضي أن يكتب بعلمه، فاعلم بأن كتاب القاضي بعلمه بمنزلة قضائه بعلمه؛ لأن كتاب القاضي له حكم القضاء من وجه، ففي كل موضع جاز له أن يقضي بعلمه جاز له أن يكتب بعلمه، وقد ذكرنا قضاء القاضي بالعلم قبل هذا ما فيه اتفاق وما فيه خلاف، فهذا بناء على ذلك، إلا أن في فصل الكتاب اختلف المشايخ رحمهم الله على قول أبي حنيفة رحمه الله في صورة، وهو ما إذا علم بالحادثة قبل أن استقضي، ثم استقضي، بعضهم قالوا: لا يكتب بذلك العلم، كما لا يقضي بذلك العلم، وبعضهم قالوا: يكتب.

وفرّق هذا القائل على قول أبي حنيفة رحمه الله بين الكتابة والقضاء، والفرق أن جواز القضاء يبتنى على علم القضاء، والعلم الحاصل قبل الاستقضاء علم شهادة، لا

علم القضاء، أما جواز كتاب القاضي لا يبتنى على علم القضاء، بل يكتفى به بعلم الشهادة، ألا ترى أنه لو شهد عند القاضي شاهدان، وكتب ثم حضر المكتوب عليه، ليس له أن يقضي بذلك العلم، وقد جاز له الكتابة به، علم أن جواز الكتابة لا يبتنى على علم القضاء.

قال محمد رحمه الله في كتاب الوكالة: رجل وكّل رجلا بالخصومة في دار في غير مصره، يقبضها أو بإجارتها، وأراد كتاب القاضي، فالقاضي يكتب له في ذلك؛ لأن الوكالة تثبت مع الشبهات، فيثبت بكتاب القاضي إلى القاضي، ثم بعد ذلك إن كان القاضي عرف الموكل، أثبت معرفته، وإن لم يعرف يكتب، وقد سألته البينة على أنه فلان ابن فلان على نحو ما بينّا، ثم يكتب: وقد وكّل فلان ابن فلان يذكر اسم الوكيل ونسبه[1] على ما قدّمنا من رسم الكتابة، فإن كان وكّله بقبض الدار، يكتب وكّله بقبض داره التي بالكوفة في بني فلان، وإن كان وكّله بالخصومة فيها، يكتب: وكّله بالخصومة في داره التي بالكوفة.

والحاصل أنه ينبغي للقاضي أن يذكر في الكتاب ما يوكله به؛ لأنه هو المقصود، ثم إن كان الوكيل حاضراً جاز زيادة في التعريف، وإن ترك لم يضره، وإن كان غائباً بالكوفة يكتب: وكّل رجلا ذكر أنه فلان ابن فلان ابن فلان الفلاني، فهذا إشارة إلى أن توكيل الغائب صحيح، وهو المذهب لعلمائنا رحمهم الله، إلا أنه لا يلزم الوكيل قبل قبوله دفعًا للضرر عنه، كما في توكيل الحاضر.

ثم إذا وصل الكتاب إلى المكتوب إليه، فالقاضي يحضر الذي في يديه الدار، ويسأل البينة على الكتاب، والخاتم بحضرته، ويفتح الكتاب بعد ما قامت البينة عليه، ويقرأ على الشهود حتى يشهدوا على ما فيه، وبعد ما ذكر سأل الوكيل البينة أنه فلان ابن فلان ابن فلان، فإن أقامها سأل الذي في يديه الدار، فإن أقر بها للموكل أمره بدفعها إليه، وإن سأل الوكيل البينة أنه فلان ابن فلان بن فلان قبل أن يسأل البينة على الكتاب[2] تحسن، وهذا على قول محمد رحمه الله، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله: ينبغي أن

---

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ: ونسبه.

(٢) وفي الأصل: على الكتابة.

يسأل الوكيل أنه فلان ابن فلان ابن فلان الفلاني ، ثم يسأل البينة على الكتاب ، وقد ذكرنا جنس هذا فيما تقدم ، وكذلك الجواب في الوكالة في الدواب والرقيق والعروض والوديعة والدين ؛ لأن الوكالة جائزة في جميع هذه الأشياء ، فيقبل فيها كتاب القاضي إلى القاضي.

قال : وللوكيل بالخصومة في الدار أن يخاصم من نازعه عملا بإطلاق التوكيل ، ولو كان الموكل سمى رجلا بعينه ، فليس له أن يخاصم غيره ؛ لأن التعيين في الخصومة مفيد ، فلعل الموكل عرف أن الوكيل يقدر على الخصومة مع هذا الرجل ، ولا يقدر عليه مع رجل آخر ، وليس للوكيل بالإجارة إلا أن يؤاجر الدار ، ويكون خصمًا لمن أجرها منه ؛ لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد ، وهو العاقد ، ولا يكون له أن يخاصم مع غيره ؛ لأنه لم يوكله بالخصومة مع غيره .

١٤٥٣٢ - قال : وإذا وكلت المرأة بمهرها ونفقتها وكيلا ، وطلبت من القاضي كتابًا في ذلك ، ينبغي للقاضي أن يذكر في كتابه : وذكرت أن لها على زوجها فلان ابن فلان من المهر كذا ، وقد وكلت فلان ابن فلان بقبض ذلك من زوجها ، وبالخصومة فيه إلى آخره ، وإنما يكتب : وبالخصومة فيه تحرزًا عن قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ؛ لأن عندهما الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة ، ويكتب أيضًا : وكلته بطلب نفقتها من زوجها ، وبالخصومة فيها ، فإذا وصل الكتاب إلى القاضي يحضر الزوج ، ويسأل عن المهر ، فإن أقر به أمر بدفعه إلى الوكيل .

ولو كانت وكلته بمهرها ، وبالخصومة في نفقتها حتى يفرض لها كل شهر نفقة مسماة ، وكل سنة كسوة مسماة ، فإذا وصل الكتاب إلى المكتوب إليه ، لا تقبل البينة إلا بحضرة الزوج ؛ لأنه هو الخصم ، فإذا ثبت ذلك عنده سأله عن المهر ، فإن أقر به أخذ منه ، ويفرض من النفقة والكسوة ما يصلحهما ؛ لأن الموكلة لو حضرت وطالبت بذلك ، وثبت النكاح بالمهر عند القاضي ، أمره بأداء المهر ، وفرض عليه نفقتها ، وكذلك يفعل ذلك بخصومة عنه بوكالتها .

١٤٥٣٣ - قال في « كتاب الأقضية » : وإذا وكل الرجل رجلا بالخصومة في عيب خادم اشتراه ، وأخذ بذلك كتاب القاضي لم يجز ؛ لأن الخادم لا يرد حتى يحضر

الموكل، وهو المشتري، فيستحلف بالله ما رضي بالعيب، وذلك لأنه لو لم ينتظر يمين الموكل، ورد بالعيب يلحق البائع ضرر لا يمكن تداركه؛ لأن الفسخ ينفذ ظاهراً وباطناً، فلا يقع التدارك بالنكول، بخلاف فصل الدين، وقد ذكرنا ذلك في موضعه، فلهذا لا يرد، فإذا لم يذكر للوكيل ولاية الرد إلى أن يحضر، ثم ذكر هنا أن الوكيل لا يملك الرد بالعيب إلى أن يحضر المشتري، ويحلف بالله ما رضي بالعيب، وإن لم يدع البائع رضى المشتري، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله والجصاص، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله.

١٤٥٣٤ - وذكر محمد رحمه الله في "المبسوط": أن الوكيل يملك الرد بالعيب إلا إذا ادّعى البائع رضى المشتري، وجه ما ذكر هنا أن على القاضي صيانة قضائه عن النقض، وجميع أنواع الشبه، وصيانة حق الحاضر، وذلك بانتظار يمين المشتري، واعتبر بما إذا أراد المشتري الرد بالعيب بعد موت البائع، فإن القاضي يستحلف المشتري بالله ما رضي بالعيب، وإن لم يدع الوارث ذلك.

وجه ما ذكر في "المبسوط": أن القاضي نصب لفصل الخصومات، لا لإنشائها، وفي الاستحلاف بدون طلب المدعي إنشاء الخصومة، وهذا لا يجوز، ألا ترى أنه لا يستحلف الولي في باب القصاص بالله ما عفى بدون طلب القاتل، والقصاص مما يندرئ بالشبهات، فلأن لا يستحلف هنا أولى.

ولأن الاستحلاف لنظر البائع، والبائع قادر على النظر لنفسه، بأن يدعي الرضاء على البائع، فإذا ترك الدعوى لم ينظر لنفسه، فلا ينظر له، بخلاف المسألة التي استشهد بها؛ لأن الميت عاجز عن النظر لنفسه، والقاضي نصب ناظراً لكل من عجز عن النظر لنفسه، فلهذا يستحلف له.

١٤٥٣٥ - الوالي على بلدة من بلاد المسلمين أو على ناحية من بلاد المسلمين إذا أراد أن يكتب الكتاب الحكمي، فإن كان الخليفة قد ولاه القضاء جاز، وإذا لم يوله لم يجز، وهذا لأن الولاية تقبل التخصيص والتعميم، فينظر إلى سببها، وهو التقليد، فإن كان التقليد خاصاً يتخصص ولايته، وإذا كان عاماً يتعمم[1] ولايته، وإن لم يكن فيه ما...

---

(١) هكذا في م، وكان في ظ: "يتعميم"، وفي الأصل: "يتعمد".

يدل على التعميم لايته وولايته؛ لأنه صدر الولاية في الأصل، فإذا نصب له يقدر ما نصب له، وإذا لم يدخل القضاء في ولايته لا يصح فيه الكتاب الحكمي، إنما يصح ممن يصح منه القضاء؛ لأن له حكم القضاء.

٢٤٥٣٦ - ولو كان هذا الوالي قلد رستاقاً، وأجاز له أن يقضي، هل يقبل كتاب هذا القاضي؟ ينظر إن كان الخليفة أذن لهذا الوالي بالتقليد، قُبل كتابه، وما لا فلا؛ لأنه إذا لم يؤذن بالتقليد لم يصح منه التقليد، ولم يصر المقلَّد قاضياً، وكتاب غير القاضي لا يقبل، فأما إذا فوض إليه التقليد صح منه التقليد، وصار المقلد قاضياً، فيقبل كتابه.

ذكر في كتاب الأقضية: إن كتب الخليفة إلى قاضيه إذا كان الكتاب في الحكم بشهادة شاهدين شهدا عنده فهو بمنزلة كتاب القاضي إلى القاضي، لا يقبل إلا بالشرائط التي ذكرناها.

وإن كان كتابة أنه ولّى فلاناً، أو عزل فلاناً، يُقبل منه بدون تلك الشرائط، ويعمل به المكتوب إليه إذا وقع في قلبه أنه حق، ويقضي عليه، وهو نظير كتاب سائر الرعايا بشيء من المعاملات، فإنه يقبل بدون تلك الشرائط، ويعمل به المكتوب إليه إذا وقع في قلبه أنه حق، كذا هنا.

٢٤٥٣٧ - قال في الأصل: ولا تقبل شهادة أهل الذمة على كتاب القاضي، والمعنى في ذلك أنهم يشهدون على فعل المسلم، وهو القاضي، وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة في إثبات فعل المسلمين.

٢٤٥٣٨ - وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله: رجل جاء بكتاب قاضٍ إلى قاضٍ، وفي المكتوب إليه الكتاب، ويشهد الشهود على الكتاب، ثم قدم بيّنة صاحب الحق على أصل الحق مصر المكتوب إليه، فإن المكتوب إليه لا يعمل بالكتاب، ويأمر الطالب أن يحضر البينة على أصل الحق من قبل أن كتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة، وشهود الأصل إذا حضروا بأنفسهم لم تقبل شهادة الفروع على شهادتهم. كذا هنا، وفي المنتقى: ويكتب القاضي في كتابه الشهادة على الشهادة كما يكتب[1] الشهود.

(١) وفي الأصل: يكتب

١٤٥٣٩ - ذكر الخصّاف رحمه الله في أدب القاضي : إذا انكسر ختم القاضي الذي على الكتاب، أو كان الكتاب منشورًا، وفي أسفله ختم القاضي، فإن القاضي المكتوب إليه يقبل الكتاب إذا شهد الشهود أن هذا كتاب قاضي فلان، وأنه قرأه عليهم، قال الخصاف رحمه الله عقيب هاتين المسألتين : وهذا قول أبي يوسف رحمه الله، فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد : القاضي المكتوب إليه لا يقبل الكتاب إذا لم يكن مختومًا غير أن أبا يوسف رحمه الله يقول : إذا كان الكتاب غير مختوم، لا تصح الشهادة على الكتاب ما لم يشهد الشهود بما في الكتاب؛ لأنه إذا كان غير مختوم، فهو بمنزلة الصك، وعلم الشهود بما في الصك شرط صحة الشهادة عنده، وإذا كان الكتاب مختومًا، فعلم الشهود بما في الكتاب، وشهادتهم على ما في الكتاب ليس بشرط.

ذكر الفقيه الإمام أبو بكر الرازي والشيخ الإمام شمس الأئمة رحمهما الله : أن قبول الكتاب مع كسر الخاتم قولهم جميعًا؛ لأن هذا مما يبتلى به الناس، قالا رحمهما الله : والإضافة إلى أبي يوسف من الخصاف رحمه الله يحتمل أن يكون منصرفًا[1] إلى المسألة الثانية، وهو ما إذا كان الخاتم في أسفل الكتاب، ولكن هذا ليس بصواب؛ فقد ذكر الحسن ابن زياد في كتاب الاختلاف : إذا انكسر خاتم القاضي الذي على الكتاب، فالقاضي المكتوب إليه لا ينفذه عند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله، كما إذا لم يكن مختومًا في الأصل، وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله يقول : كنا نظن أن كتاب القاضي إذا لم يكن مختومًا لا يقبل عند أبي يوسف رحمه الله حتى وقفنا على رواية الخصاف رحمه الله أنه يقبل، والرواية عنده؛ لأنه إذا انكسر خاتم القاضي، أو كان الختم في أسفل الكتاب، كان كأنه لم يختم، ومع هذا جاز قبوله، وقد ذكر ما رواه الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمهما الله في هذا نصًا[2].

قال أبو يوسف رحمه الله : ويكتب القاضي بشاهد واحد إلى قاضٍ آخر، يريد به أنه يجوز نقل شهادة شاهد واحد بالكتاب، وهذا لأن كتاب القاضي إنما جوّز باعتبار الحاجة، وقد تمس الحاجة إلى هذا بأن يكون أحد شاهدي المدعي ههنا، والشاهد الآخر

(١) وفي الأصل منصرفًا.

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم نصه.

في بلد المطلوب، فيحتاج إلى شهادة هذا الشاهد حتى ينضم معه شهادة ذلك الشاهد الذي في بلد المطلوب.

١٤٥٤٠ - إبراهيم عن محمد رحمه الله: إذا غلب الخوارج على مصر، واستقضوا عليه قاضيا من أهل البلد، فكتب هذا القاضي كتابا إلى قاضي أهل العدل، فإن كان المطلوب إليه يعلم أن الشهود الذين شهدوا عند الكاتب من أهل البغي لا يقبل الكتاب؛ لأن الكتاب لنقل الشهادة، وأولئك الشهود لو حضروا عند هذا القاضي، وشهدوا لا تقبل شهادتهم لفسقهم، وهو أن الخوارج يستحلون دماءنا وأموالنا، فلو قبلنا شهادتهم علمنا تهمتهم في دمائنا وأموالنا. وإذا لم تقبل شهادتهم لو حضروا؛ فكذا لا يعمل بشهادتهم إذا صارت المنقولة إليه، وإن كان يعلم أن الشهود من أهل العدل قبل الكتاب. وإن لم يعلم أنهم من أهل العدل، أو من أهل الخوارج لا يقبل الكتاب؛ لأن على أحد الاعتبارين لا يقبل، فلا يقبل بالشك[1]، أو يقول: من كان في منعة الخوارج، فالظاهر أنه منهم. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

(١) في الأصل: بالشك.

# الفصل الخامس والعشرون

## في اليمين

١٤٥٤١ - يجب أن يعلم بأن الاستحلاف في الدعاوي مشروعة ثبتت مشروعيته بالسنة، وهو قوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1]، وقوله ﷺ في قضية الحضرمي والكندي للمدعي منهما[2]: «ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه»[3]، والمعنى فيه أن المدعي يزعم أن المدعى عليه أتوى حقه بإنكاره، فالشرع شرع اليمين في جانب المدعى عليه حتى إن الأمر إن كان كما زعم المدعي كان هذا إتواء للمدعى عليه؛ لأن اليمين الكاذبة مُهلكة للنفس والمال جميعاً، فيكون إتواءان[4]، وإن كان الأمر كما زعم المدعى عليه، فالمدعى عليه بيمينه يدفع خصومة المدعي عن نفسه من غير ضرر يلحقه، فيتحقق العدل والإنصاف.

١٤٥٤٢ - بعد هذا يحتاج إلى بيان موضع شرعيته وصفته وكيفيته، أما بيان موضع شرعيته فنقول: الدعاوي نوعان: صحيحة وفاسدة، والاستحلاف إنما يجري في الصحيحة منهما، لا في الفاسدة.

---

(١) أخرجه البخاري في "صحيحه" (٢/ ٩٣٦) باب ما جاء في البينة، كتاب الشهادات، والترمذي في "سننه" (١٣٤١-١٣٤٢/٦) في ترجمة الباب: باب ما جاء في أن البينة على المدعي اليمين على المدعى عليه، وأبو عوانة في "مسنده" (٤/ ٦٢)، والبيهقي في "الكبرى" (٢٠٩٩٠ و٢٠٩٩٥ و٢٠٩٩٧)، والدارقطني في "سننه" (٨-٤/ ١٥٧)، والشافعي في "مسنده" (١/ ١٩١)، وابن ماجه في "سننه" (٢/ ٧٧٨): باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

(٢) أخرجه البخاري في "صحيحه" (٢٢٨٥ و٢٥٩٣ و٦٧٦١) من حديث عبد الله بن مسعود، ومسلم في "صحيحه" (١٣٩-١/ ١٢٣)، وابن حبان في "صحيحه" (٥٠٨٦-١١/ ٤٨٢)، والترمذي في "سننه" (١٣٤٠-٣/ ٦٢٥، و٢٩٩٦-٥/ ٢٢٤)، وأبو داود في "سننه" (٣٢٤٣ و٣٢٤٤ و٣٩٤٥)، وأحمد في "مسنده" (٢١٨٨٦)، وأبو يعلى في "مسنده" (٥١٩٧)، والطبراني في "الكبير" (١٧).

(٣) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ: يمينه، والظاهر أنه خطأ

(٤) هكذا في ظ، وم، وكان في الأصل: فيكون إتواء بإتواء.

١٤٥٤٣ - وإذا ادعى المدعي عند القاضي دعوى، فعلى القاضي أن ينظر في دعواه فإن كان فاسداً لا يلتفت إليه، وأمر المدعي بالكف عنه، وإن كان صحيحاً يسمعه، وأقبل على المدعى عليه، فإن أقر بما ادعاه المدعي، ألزمه ما أقر به، وإن أنكر أقبل على المدعي، وقال له: ألك بينة؟ فإن قال: لا، أو قال: شهودي غيب، أو مرضى، حلف المدعى عليه، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله في أدب القاضي.

قيل: هذا السؤال لا يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله، إنما على قولهما؛ لأن على قولهما القاضي يستحلف المدعى عليه بطلب المدعي، وإن قال: لي بينة حاضرة في المصر، فلا فائدة لهذا السؤال على قولهما، وقال مشايخنا رحمهم الله: إذا قال المدعي: شهودي غيب أو مرضى، إنما يحلف المدعى عليه إذا بعث القاضي أميناً من أمنائه إلى محلة الشهود الذين سماهم المدعي حتى يسأل عن الشهود، فإن أخبر أنهم غيب، أو مرضى، أما بدون ذلك لا يحلفه على قول من لا يرى الاستحلاف إذا كان له بينة حاضرة في المصر؛ لأنه وقع الشك في الاستحلاف على قوله، ثم بعد سماع الدعوى إنما يستحلف فيما سوى القصاص في النفس في موضع جاز القضاء بالنكول فيه، وفي كل موضع لا يجوز القضاء فيه بالنكول لا يستحلف فيه، وفي القصاص في النفس يستحلف، ولا يقضى فيه بالنكول تعظيماً لأمر الدم.

وأما بيان صفته: فنقول: إذا اكتفى بذكر اسم الله تعالى وحده، بأن قال: بالله، وقد جاز؛ لأنه هو الأصل في اليمين، وبه ورد الكتاب والسنة، أما الكتاب فقوله: ﴿وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ﴾(١)، وأما السنة فما روي: أن النبي ﷺ حلف ابن ركانة حين طلق امرأته بلفظ البتة بالله ما أردت به ثلاثاً، وحلف يهود خيبر: بالله ما قتلتموه ولا علمتم له قاتلاً(٢).

وإن غلظ في اليمين جاز، والتغليظ في اليمين عرف بالكتاب والسنة، أما الكتاب فإن الله شرع اللعان مكرراً مؤكداً باللعن والغضب، وما كان ذلك إلا للتغليظ، وقال الله

(١) سورة النور، الآية ٥٣.

(٢) أخرجه أبو عوانة في مسنده (٤٠٦١).

تعالى: ﴿وَاللَّهِ رَبِّنَا مَا كُنَّا مُشْرِكِينَ﴾[1]، وأما السنة فما روي: أن رسول الله ﷺ حلف ابن صوريا بالله الذي أنزل التوراة على موسى كيف تجدون حد الزنا في كتابكم؟[2]، والمعنى في ذلك أن التغليظ في اليمين في معنى الزجر عن اليمين الكاذبة. فالإنسان قد يمتنع عن اليمين الكاذبة عند التغليظ، ولا يمتنع عنها بدون التغليظ.

ثم اختلف المشايخ رحمهم الله فيه بعد ذلك، بعضهم قالوا: القاضي بالخيار في كل مدعًى به، وعلى كل مدعًى عليه، إن شاء غلّظ وإن شاء لم يغلظ، وبعضهم قالوا: القاضي ينظر إلى المدعى عليه إذا عرفه بالخير والصلاح، أو رأى عليه سيماء الخير، ولم يتهمه، اكتفى بذكر اسم الله وحده، وإن كان على خلاف ذلك غلظ، وبعضهم قالوا: ينظر إلى المدعى به إن كان مالا عظيمًا غلظ عليه، وإن كان حقيرًا اكتفى بذكر اسم الله وحده، ثم بعضهم قدّروا العظيم بنصاب الزكاة وبعضهم قدروا بنصاب السرقة.

١٤٥٤٤- وإذا غلظ بصفات الله تعالى وأسمائه، ينبغي أن يتأمل حتى لا يتكرر عليه اليمين بتكرار حرف القسم، فإن بتكرر حرف القسم يتكرر اليمين، فإنه لو حلف بالله الرحمن الرحيم، كان يمينًا واحدًا، وإذا حلف: والله والرحمن والرحيم، كانت ثلاثة أيمان، ولا يجوز الاستحلاف في الدعوى الواحدة إلا بيمين واحدة.

١٤٥٤٥- ثم القضاة مختلفون في كيفية التغليظ وصفته، واختار كل واحد لنفسه شيئًا، ومختار الخصاف رحمه الله أن يقول له: قل: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب المدرك الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية، فهذا هو مختار الخصّاف رحمه الله، فإن شاء القاضي اختار هذا، وإن شاء زاد عليه، وإن شاء نقص عنه.

١٤٥٤٦- ولا يغلّظ بالمكان عند علمائنا رحمهم الله، وقال الشافعي رحمه الله: إن المدعى به دم عمد، أو مالا عظيمًا يبلغ عشرين مثقالا من الذهب، يغلّظ بالمكان،

(١) سورة الأنعام، الآية ٢٣.

(٢) ذكره ابن حجر في "الدراية" (٨٤٢-٢/١٧٨)، وقال: أخرجه مسلم موصولا من حديث البراء بن عازب قال: مرّ على رسول الله يهودي محمم فدعا رجلا من علمائهم، فقال له: نشدتك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن هكذا تجدون حد الزنا في كتابكم

أو يحلف بأشرف الأماكن، فإن كان بمكة يحلفه بين المقام والبيت، وإن كان بالمدينة يحلفه عند الروضة والمنبر، وفي بيت المقدس يحلفه عند الصخرة، وفي سائر الأمصار يحلفه في المسجد الجامع عند المنبر، وإن كان في موضع ليس فيه مسجد جامع، يحلف في مسجد من المساجد. وهو قول أهل المدينة وأهل مكة، وهكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله، إلا أنه زاد، فقال: يوضع المصحف في حجره، ويقرأ عليه: ﴿إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا﴾[1] الآية.

حجتهم في ذلك: أن التغليظ بذكر صفات الله تعالى إنما يشرع للمبالغة في الزجر عن اليمين الكاذبة، وهذا المعنى يقتضي شرع التغليظ بالتحليف في أشرف الأماكن؛ لأن الإنسان ربما لا يجترئ على اليمين الكاذبة إذا حلف في أشرف الأماكن.

ولعلمائنا ما ظهر من عمل الناس من لدن رسول الله ﷺ إلى زماننا هذا الاستحلاف من غير التقييد بأشرف الأماكن من غير نكير[2] منكر؛ ولأن النصوص المقتضية للاستحلاف مطلقة عن المكان، فالتقييد بالمكان يكون زيادة على النص، والزيادة بمعنى النسخ.

١٤٥٤٧- وإن أراد التغليظ على اليهودي يحلفه بالله الذي أنزل التوراة على موسى؛ لأنه يعتقد حرمة التوراة ونبوة موسى عليه السلام، وإذا أراد التغليظ على النصراني يحلفه بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى؛ لأنه يعتقد حرمة الإنجيل ونبوة عيسى، وإن أراد أن يحلف المجوسي يحلفه بالله الذي خلق النار؛ لأنهم يعظمون النار، كذا ذكر محمد رحمه الله في الأصل، ولم ينقل عن أبي حنيفة رحمه الله فيه شيء في ظاهر الرواية، وروي في النوادر عنه: أنه لا ينبغي أن يستحلف أحدا إلا بالله

١٤٥٤٨- وذكر الخصاف أن غير اليهودي والنصراني يستحلف بالله، وهذا إشارة إلى أنه لا يذكر النار في استحلاف المجوسي، وعليه بعض المتأخرين من مشايخنا؛ لأن ذكره يشير إلى تعظيمه، وأنه لا يجوز، ألا ترى أن المسلم لا يستحلف بالله الذي خلق الشمس، بخلاف اليهودي والنصراني؛ حيث يذكر في استحلافهم التوراة والإنجيل؛

---

(١) سورة آل عمران، الآية ٧٧

(٢) وفي الأصل: من غير ذكر نكير.

لأن التوراة والإنجيل كلام الله تعالى، فلا يكون فيه تعظيم غير الله تعالى، بخلاف النار، أو سائر المشركين يستحلفون بالله؛ لأنهم يقرون بالله تعالى، قال الله تعالى: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولُنَّ اللَّهُ﴾[1].

١٤٥٤٩- وأما بيان كيفيته فنقول: إن[2] وقع الدعوى على فعل المدعى عليه من كل وجه، بأن ادعى عليه أنك سرقت هذا العين مني، أو غصبت هذا العين مني، يستحلف على البتات، وإن وقع الدعوى على فعل الغير من كل وجه، يحلف على العلم، حتى لو ادعى المدعي دينًا على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك، أو ادعى أن أباك سرق هذا العين مني، أو غصبه مني، يحلف الوارث على العلم، وهذا مذهبنا، والأصل فيه حديث القسامة، فإن رسول الله ﷺ حلف اليهود على فعل أنفسهم على البتات، وعلى فعل غيرهم على العلم

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: هذا الأصل مستقيم في المسائل كلها أن التحليف على فعل الغير يكون على العلم إلا في الرد بالعيب، يريد به أن المشتري إذا ادعى أن العبد سارق، أو آبق، وأثبت إباقه، أو سرقته في يد نفسه، أو ادعى أنه أبق، أو سرق في يد البائع، وأراد تحليف البائع، يحلف البائع على البتات بالله ما أبق بالله ما سرق في يدك على ما عرف، وهذا تحليف على فعل الغير، قال رحمه الله تعالى: إنما كان كذلك؛ لأن البائع التزم[3] تسليم المعقود عليه سليمًا عن العيوب، فالاستحلاف يرجع إلى ما ضمن بنفسه، فلذلك كان البتات.

وحكي عن الشيخ الإمام فخر الإسلام رحمه الله أنه كان يزيد في هذا الأصل حرفًا، وكان يقول: التحليف على فعل نفسه على البتات، والتحليف على فعل الغير يكون على العلم إلا إذا كان شيئًا يتصل به، فحينئذ يحلف على البتات، خرج على هذا فصل الرد بالعيب؛ لأن ذلك مما يتصل به؛ لأن تسليم العبد سليمًا وجب على البائع، وقد قيل بأن التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا قال الذي استحلف: لا

---

(١) سورة الزخرف: الآية ٨٧.

(٢) وفي الأصل: «إذا» مكان «إن».

(٣) وفي «م»: «ضمن» مكان «التزم».

علم لي بذلك ، فأما إذا قال : لي علم بذلك ، يحلف على البتات ، ألا ترى أن المودع إذا قال : قبض صاحب الوديعة مني الوديعة ، فإنه يحلف المودع على البتات .

١٤٥٥٠- وألا ترى إلى ما ذكر محمد رحمه الله في "الجامع" : إذا وكل الرجل رجلا ببيع عبده بألف درهم ، فباعه وسلمه إلى المشتري ، ثم أقر البائع الوكيل أن الآمر قبض الثمن ، وجحد الآمر ، فالقول قول الوكيل في ذلك أن الآمر قد قبض مع يمينه ، فإذا حلف برئ المشتري عن الثمن ، ويحلف الوكيل على البتات بالله لقد قبض الآمر ، وهذا تحليف على فعل الغير ، ولكن الوكيل يدعي أن له علما بذلك ، فإنه قال : قبض الموكل الثمن ، وكان له علم بذلك ، فيحلف على البتات لهذا .

١٤٥٥١- وإن وقع الدعوى على فعل المدعى عليه من وجه ، وعلى فعل غيره من وجه ، بأن قال : اشتريت مني ، استأجرت ، متى استقرضت مني ، فإن هذه الأفعال فعله وفعل غيره ، فإنها تقوم باثنين ، ففي هذه الصور يحلف على البتات ، وهذا مشكل ؛ لأن اعتبار فعل الغير يوجب التحليف على العلم ، وإن كان اعتبار فعله يوجب التحليف على البتات[1] إلا أنه ترجح جانب البتات[2] ؛ لأنه يوجب زيادة زجر ؛ لأنه متى حلف على البتات ، وقد اشترى حنث في يمينه ، علم بالشراء أو لم يعلم ، ومتى حلف على العلم ، وقد اشترى إن كان عالمًا بالشراء حنث في يمينه ، وإن لم يكن عالمًا به لا يحنث ، فكان في هذا زيادة زجر ، فكان الترجيح لجانب البتات .

بعد هذا المسألة على وجوه ؛ إما إن ادعى المدعي دينًا أو ملكًا في عين ، أو حقًا ، وكل ذلك على وجهين ، إما أن يدعيه مطلقًا ، ولم يذكر له سببًا ، أو ادعاه بناء على السبب ، فإن ادعى دينًا ، ولم يذكر له سببًا ، يحلف على الحاصل ، فيحلف بالله ما لهذا عليك ، ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه ، وهو كذا وكذا ، ولا شيء منه ، فقد جمع بين قوله : عليك وقبلك ، وهكذا ذكر الخصاف ، وإليه أشار محمد رحمه الله في "كتاب الصلح" ، وإنما جمع بينهما ؛ لأنه لو اقتصر على قوله : عليك إنما يتأول أنه ليس على رأسه ، أو عاتقه شيء .

(١) هكذا في الأصل و "م" ، وكان في "ظ" : الثبات ، والظاهر أنه خطأ .

(٢) هكذا في الأصل و "م" ، وكان في "ظ" : الثبات ، والظاهر أنه خطأ .

ولو اقتصر على قوله: قبلك، عسى يتناول الأمانة؛ لأن قوله قبلك يستعمل في الأمانات، كما يستعمل في الديون، فيجمع بينهما احتياطًا، ويجمع أيضًا بين كل المدعى به، وبين بعضه؛ لأنه ربما أداه بعض هذا المال، وأبرأه عن بعض المال. فلو حلفناه على الكل يحلف، ويكون صادقًا في حلفه، ولا يلزمه الحنث فيجمع بين الكل وبين البعض احتياطًا.

قال أبو عمرو الطبري: لا ينبغي للحاكم أن يقول في الاستحلاف: ولا شيء منه؛ لأن التحليف بناء على الدعوى، فلا يزاد على مقدار الدعوى. وكذلك إذا ادعى ملكًا في عين حاضر، أو حقًا في عين حاضر ادعاء مطلقًا، ولم يذكر له سببًا يحلف على الحاصل، فيحلف بالله ما هذا العين لفلان ابن فلان، ولا شيء منه يجمع بين الكل وبين البعض احتياطًا. ويكون التحليف فيه على البتات، نص عليه في أول كتاب الاستحلاف.

وإن ادعاه بناء على السبب، بأن ادعى عليه دينًا بسبب القرض، أو بسبب الشراء، أو ادعى ملكًا بسبب البيع أو الهبة، أو ادعى غصبًا أو وديعة أو عارية، يستحلف على حاصل الدعوى في ظاهر رواية أصحابنا رحمهم الله، ولا يستحلف على السبب. نص عليه في كتاب الحوالة والكفالة، حتى لا يستحلف ما استقرضت منه هذا المال، ما غصبته، ما أودعك، ما اشتريت منه هذا العين بكذا، ما بعت منه هذا العين بكذا.

ووجه ذلك أن في الاستحلاف على السبب ضررًا بالمدعى عليه، فالسبب قد يوجد ويثبت حكمه، ثم ينفسخ السبب ويبطل حكمه، أو يقضي الدين بالإبراء وبالإيفاء، ويعود[1] الملك إليه في العين بالهبة أو بالبيع، ويبطل حكم الغصب والوديعة والعارية بالرد. فلو حلف على السبب لا يمكنه أن يحلف على نفي السبب لوجوده، ولو أقر بالسبب وادعى التناقض يبطل، لكانت الحجة عليه، وربما لا يمكنه إقامة الحجة، وفيه من الضرر ما لا يخفى، وليس في الاستحلاف على الحاصل ضرر بالمدعي، فيحلف على الحاصل لهذا. حتى لو كان في الاستحلاف على الحاصل ضرر بالمدعي، بأن كان بين العلماء اختلاف أن ما يدعيه هل هو سبب لذلك الحكم؟ يحلف على السبب؛ لأنه

---

(١) وكذا في الأصل: أو يعود.

لو حلف على الحاصل يحلف ويتأول قول من يقول إنه ليس بسبب، وإن الحكم ليس بثابت، فيحلف على السبب دفعاً للضرر عن المدعي.

وكذلك إذا لم يكن في التحليف على السبب ضرر بالمدعى عليه، بأن كان ما يدعيه سبباً لا يحتمل الانفساخ، وحكمه لا يحتمل البطلان، كإعتاق العبد المسلم، يحلف على السبب ليجري[1] التحليف موافقاً للدعوى والإنكار.

وروي عن أبي يوسف أنه يستحلف على السبب في هذه الصورة؛ لأن الاستحلاف يترتب على الدعوى، فيكون على وفق الدعوى والإنكار، وما ذكر من وهم الضرر يندفع بالتعريض بأن يقول المدعى عليه للقاضي: الإنسان قد يلزمه المال بسبب، ثم يبطل المال عنه إما بانفساخ السبب أو بالإيفاء أو بالإبراء.

ولو أقر بالسبب عسى لا يمكنه إثبات ذلك الفسخ أو الإبراء، فيلزمه المال، فإذا عرض على هذا الوجه، فالقاضي لا يحلفه على السبب، بل يحلفه على الحاصل.

٢٣٤٤١- وذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني في شرح هذا الكتاب رواية أخرى عن أبي يوسف رحمه الله: إذا أنكر المدعى عليه السبب، بأن أنكر الاستقراض، وقال: ما استقرضت، يحلف على السبب بالله ما استقرضت، وإن قال: ليس له علي ما يدعي يحلف على الحاصل بالله ليس له عليك، ولا قبلك هذا المال الذي ادعى، ولا شيء منه.

قال رحمه الله: هذا أحسن الأقاويل عندي، وعليه أكثر القضاة، وقال الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي رحمه الله: ينبغي أن يفوض الأمر إلى رأي القاضي في هذا إن رأى المصلحة في التحليف على السبب حلف على السبب، وإن رأى المصلحة في التحليف على الحاصل حلف على الحاصل، قال: لأن من الناس من يكون تحليفه على السبب أولى، ومنهم من يكون تحليفه على الحاصل أولى، فيفوض إلى رأي القاضي لهذا. قال الخصاف في أدب القاضي: وفي الوديعة إذا حلف بالوديعة استحلف بالله ما له هذا الذي ادعاه في يديك، ولا شيء منه، ولا له قبلك حق منه؛ لأنه متى استهلكها، أو دل إنساناً عليها، فلا يكون في يديه، ولكن ضمان القيمة في ذمته،

(١) وكذا في الأصل، ولعله: ليكون.

فلا يكتفي بقوله: في يديك، بل يقول: عليك، ولا له قبلك حق منه احتياطًا، وهذا إنما يستقيم على ظاهر الرواية؛ لأنه على ظاهر الرواية على التحليف على الحاصل، أما على ما روي عن أبي يوسف رحمه الله يستحلف بالله ما أودعك هذا كذا وكذا، وإن ادعى قبله ضيعة أو عقارًا وحدده، وسمّى موضعه وبلده على نحو ما بينا، يحلفه بالله ما هذه الضيعة، ولا هذه الدار التي حددها وسمى الحدود لفلان ابن فلان هذا في يديك، ولا شيء منها، ولا له قبلك منها حق، ولا بسبب حق جميع من هذا كله؛ لأنه أحوط.

١٤٥٥٣ - وإن ادعى جارية أو غلامًا أو عرضًا من العروض مما ينقل ويحول، فإن كان حاضرًا في مجلس القاضي فالقاضي يحلفه بالله ما هذا العبد ملك هذا المدعي من الوجه الذي ادعاه، ولا شيء منه لجواز أن يكون بعضه ملك المدعي، فلو لم يقل: ولا شيء منه يتأول ذلك، فيكون صادقًا في يمينه، ولا يلزمه الحنث.

وذكر في كتاب الاستحلاف: أنه يحلف المدعى عليه بالله ما لهذا المدعي في هذا العبد حق، والصحيح ما ذكرنا؛ لأن لفظة الحق تنطلق على غير الملك من حق الإجارة والرهن، والمدعي ادعى الملك فيه دون الحق، وإنما يجب الاستحلاف على ما ادعاه المدعي، ولكن زاد في آخر اليمين: ولا له فيها حق كان مستقيمًا، فإنه يكون تأكيدًا للأول.

وإن كان غائبًا عن مجلس القاضي، بأن كان المدعى عليه مقرًا أنه في يده إلا أنه ينكر كونه ملك المدعي، كلفه القاضي الإحضار، حتى يمكنه الإشارة إليه في الدعوى؛ وهذا لأن الدعوى إنما تسمع في المعلوم، فيشترط إعلام المدعى به بأبلغ وجوه الإعلام ما أمكن، والإشارة أبلغ في وجوه الإعلام، وإنما تكون الإشارة بعد الإحضار وليس في الإحضار كثير ضرر بالمدعى عليه، فلهذا أمر بالإحضار.

وإن أنكر المدعى عليه أن يكون ذلك في يديه، ذكر المصنف رحمه الله أن القاضي يقول للمدعي: صفه وانسبه إلى جنسه، وسمّ قيمته، شرط بيان القيمة لسماع الدعوى، وقد ذكرنا هذا الفصل وما فيه من الاختلاف قبل هذا، ثم إذا سمّى جميع ذلك حتى صح[1] دعواه بلا خلاف، وأراد استحلاف المدعى عليه استحلفه القاضي بالله ما

(١) وكذا في جميع النسخ: حتى ذلك حتى صح، أعني: حتى فقط زائدة.

لهذا المدعي هذه الجارية التي ذكرناها، ولا شيء منها، ولا حق له فيها ولا ملك، ولا قيمتها التي سمى، وهي كذا وكذا، ولا شيء منها عليك ولا قبلك، وإنما يذكر في الجارية لجواز أن يكون في يديه، وقد نقصها، وإن يذكر شيء منه لجواز أن في يديه بعض الجارية، فيتناول.

وإنما يذكر القيمة لجواز أنه استهلكه، فلا يكون في يديه، ولكن تجب عليه القيمة، وإن ذكر شيء من القيمة لجواز أنه سقط بعض القيمة عنه، فيتناول، وإنما يذكر ولا حق له عليك ولا قبلك؛ لأن من مذهب العلماء أن الحيوان يكون مضمونًا بالمثل، فربما يتأول ذلك القول.

١٤٥٥٤ - وإن ادعى شراء ضيعة وبيّن حدودها وموضعها وبين الثمن، وأنكر المدعى عليه أنه باعه ذلك، وأراد القاضي أن يحلفه على الحاصل، كما هو جواب ظاهر الرواية، كيف يحلفه؟ قال: يحلفه بالله ما بينك وبين هذا بيع قائم الساعة فيما ادعاه، أو يحلفه بالله ما له هذه الضيعة[1] شراء بهذه الساعة، بما ادعاه من الثمن، أو يحلفه بالله ما هذا البيع الذي ادعى عليك قائم فيما بينكما الساعة، أو يحلفه بالله ما عليك تسليم هذه الضيعة إلى هذا بهذا البيع الذي ادعاه، وهنا أشياء أخرى تأتي بعد هذا.

١٤٥٥٥ - وإن ادعت امرأة على زوجها أنه طلقها، فهو على وجوه: الأول أن تدعي الطلاق الثلاث، وفي هذا الوجه إذا أراد القاضي أن يحلفه، حلفه بالله ما هذه المرأة بائن منك بثلاث تطليقات كما ادعت، أو يحلفه بالله ما هي طالق منك ثلاث تطليقات، كما ادعت، وهذا تحليف على الحاصل، وأنه جواب ظاهر الرواية.

قالوا: وإن شاء القاضي حلفه على السبب بالله ما طلقتها ثلاثًا في هذا النكاح الذي تدعي أنك طلقتها فيه؛ لأن هذا سبب لا يحتمل الارتفاع، إلا أنه لا يستحلف بالله ما طلقها ثلاثًا مطلقًا؛ لأنه يجوز أنه طلقها ثلاثًا ثم عادت إليه بنكاح مستقبل بعد ما تزوجت بزوج آخر، فلو حلفه كذلك تضرر.

وكذلك إذا لم تدع المرأة ذلك، ولكن شهد عند القاضي شاهد واحد عدل أو جماعة من الفُسّاق بذلك؛ لأن حرمة الفرج حق الشرع، فكان على القاضي الاحتياط

(١) هكذا في ظ، وكان في م: هذه الضيعة وكان في الأصل: ما لم هذه الضيعة.

في ملكه بالاستحلاف.

الوجه الثاني: أن تدعي تطليقة بائنة، وفي هذا الوجه يستحلف بالله ما هي بائنة منك بتطليقة كما ادعت، أو ما هي محرّمة عليك بتطليقة كما ادعت، يستحلف على حاصل الدعوى في ظاهر الرواية.

قال مشايخنا رحمهم الله: وفي هذا الجواب نوع نظر؛ لأن عند الشافعي الكنايات رواجع، فلو حلفناه على الحاصل، ربما يتأوّل قول الشافعي، فيحلف على السبب بالله ما طلقتها بلفظ كذا، كما ادعت في هذا النكاح الذي تدّعي أنك مقيم عليها فيه، حتى لا يمكنه التأويل، إلا إذا ادعت الخلع، أو ادعت تطليقة بائنة قبل الدخول، فإن هناك تثبت البينونة بلا خلاف، فلا يمكنه التأويل، فيحلف على الحاصل حينئذ.

الوجه الثالث: أن تدعي تطليقة رجعية، وفي هذا الوجه يحلف على الحاصل في ظاهر الرواية، فيحلف بالله ما هي طالق منك الساعة، وهذا لأن الطلاق الرجعي يزيل النكاح بعد انقضاء العدة وإن كان لا يزيل النكاح في الحال، ويؤثر[1] في إزالة الحل المغلظة عند انضمام تطليقتين إليه، فيفيد الاستحلاف.

١١٤٥٦ - وإن ادعت أمة على مولاها أنه أعتقها، ففي ظاهر الرواية يستحلف على الحاصل بالله ما هي حرة الساعة[2] بما ادعت من العتق؛ لأنه يتصور زوال الحرية عنها[3] بعد ثبوتها بالإعتاق بالارتداد والالتحاق بدار الحرب، والسبي بعد ذلك، فلو حلفناه على السبب بالله ما أعتقها[4] لتضرر به المدعى عليه، فيحلف على الحاصل. وعلى رواية أبي يوسف: يحلف على السبب بالله ما أعتقها[5]، إلا إذا عرض المدعى عليه، ويقول الرجل: قد يعتق أمته ثم ترتد وتلتحق بدار الحرب، وتسبى وتعود إلى ملكه ثانيًا، فلا يمكنه أن يحلف ما أعتقها، فإذا عرض على هذا الوجه يحلف على

---

(١) وفي الأصل: وقد يؤثر.

(٢) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل: ما هي حرة على ما ادعت.

(٣) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: الحرمة عنها.

(٤) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: ما أعتقها.

(٥) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: ما أعتقها.

١٤٥٦٢ - جئنا إلى النسب، فنقول: الإقرار به صحيح في بعض المواضع، ويستحلف فيه عند الإنكار عندهما، وفي بعض المواضع الإقرار فيه ليس بصحيح، فلا يستحلف فيه عند الإنكار، ولا بد من معرفة المواضع التي لا يصح الإقرار فيها بالنسب، والتي يصح الإقرار فيها بالنسب، فنقول: إقرار الرجل يصح بأربعة: بالأب، والابن، والزوجة، والمولى، وإقرار المرأة تصح بثلاثة: بالأب، والزوج، والمولى، ولا يصح إقرارهما بغير هؤلاء، وأراد بهذه الصحة الصحة مطلقًا فيما يلزم المقر والمقر له من الأحكام، وفيما يلزم غيرهما، وأراد بعدم الصحة عدم الصحة فيما يلزم غيرهما من الأحكام، أما فيما يلزمهما من الأحكام فالإقرار صحيح. إذا وجد التصديق من المقر له، وهو من أهل التصديق في جميع الصور، حتى إن من أقر بأخ وله أخ معروف، وصدّقه المقر له في إقراره، وكذّبه الأخ المعروف، صحّ إقراره في حق نفسه، حتى يشارك المقر له المقر في نصيبه، ولا يصح إقراره في حق الأخ المعروف، حتى لا يشارك المقر له الأخ المعروف في نصيبه.

فقد فرّق بين الرجل، وبين المرأة في الإقرار بالابن، فصححه من الرجل، ولم يصححه من المرأة، وكان ينبغي أن لا يفرّق بينهما؛ لأن علة انتساب الولد الانخلاق من الماء، وهما في ذلك على السواء، والجواب: إن هذا من حيث الحقيقة هكذا، أما من حيث الحكم فالنسب إلى الآباء، قال الله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ﴾(١) وقال تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ﴾(٢)، فالأب في هذا الباب أصل، والأم تابع، فإذا أقر الرجل بالابن، فقد أقر على نفسه، وإذا أقرت المرأة بذلك، فقد أقرت على الغير، فلا يصح.

١٤٥٦٣ - ونفرق في حق الرجل بين الإقرار بالابن، وبين الإقرار بالأخ والعم، وما أشبههما، والفرق أن الإقرار بالبُنُوّة إقرار على نفسه، وإقرار الإنسان على نفسه صحيح، فأما الإقرار بالأخ والعم إقرار على الغير ابتداء، وهو الأب أو الجد، فإنه إنما يصير أخًا له بواسطة ثبوت البُنُوّة من الأب، وإنما يصير عمًا له بواسطة ثبوت البُنُوّة من الجد، ولا يجوز أن يثبت البنوة من الأب بإقراره، ومن الجد بإقراره، فكيف يثبت

---

(١) سورة الأحزاب: الآية ٥

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٣٣

بواسطة الأخوة والعمومة

١٤٥٦٤- وكذا إقرار الرجل بابن الابن غير صحيح؛ لأنه لا بد لذلك من ثبوت البنوة من ابنه، ولا يجوز أن يثبت البنوة من ابنه بإقراره، وإنما يصح الإقرار بالأب والولد والزوجة والزوج والمولى؛ لأنه ليس بإقرار على الغير.

وهذا كله إذا لم يدع مالاً بدعوى النسب، فأما إذا ادعى مالاً بدعوى النسب بأن ادعى رجل وامرأة على رجل أنه أخوه لأبيه، أو أخته لأبيه، وقد مات الأب، وترك أموالاً كثيرة في يد هذا، وطلب الميراث، أو ادعى رجل وهو زمن على رجل أنه أخوه لأبيه، وطلب من القاضي أن يفرض له النفقة عليه، وأنكر المدعى عليه ذلك، فالقاضي يحلفه؛ لأن المقصود دعوى المال، وفي دعوى المال يستحلف بلا خلاف، وكذلك إذا لم يدع مالاً بدعوى النسب، ولكن ادعى حقاً في ضمن دعوى النسب لا يثبت ذلك الحق إلا بثبوت ذلك النسب، يستحلف على دعوى النسب.

١٤٥٦٥- فقد ذكر الخصاف رحمه الله في أدب القاضي: إذا ادعى الرجل حقاً على رجل، بأن التقط رجل لقيطاً، فجاء رجل، ونازع الملتقط في هذا الصغير الذي التقطه فقال: أنا أحق به، وأنكر ذو اليد أنه أخوه، يحلف ذو اليد على ذلك، وكذلك إذا وهب رجل لرجل شيئاً، وأراد الواهب الرجوع في الهبة، فقال الموهوب له: أنا أخوك، فلا حق لك في الرجوع، وأنكر الواهب أخوته، كان للموهوب له أن يحلفه؛ لأن المقصود ثبات ذلك الحق، ثم في دعوى النسب مع المال في موضع لا يجوز الإقرار بالنسب إذا جرى الاستحلاف، يستحلف على النسب، أو على المال، ذكر في الأقضية: أنه يستحلف على المال، وذكر الخصاف رحمه الله: أنه يستحلف على النسب، فإذا نكل يقضى بالمال، ولا يقضى بالنسب.

١٤٥٦٦- وإن ادعى رجل على رجل إجارة ضيعة، أو دار، أو حانوت، أو إجارة عبد، أو دابة، أو نحو ذلك مما يؤاجر، أو ادعى مزارعة في أرض، أو معاملة في النخل، أو الشجر، أو ادعى عارية في عين، أو وديعة، وأنكر المدعى عليه ذلك، حلفه القاضي على الحاصل، أما الوديعة والعارية فقد مر الكلام فيهما، وإنما ذكرناهما ثانياً لزيادة فوائد، ثم إن كان العين حاضراً يستحلف بالله ما هذا العين ملك هذا المدعي، ولا

شيء منه، وكان الحاكم الإمام أبو محمد رحمه الله يقول: الأحوط أن يحلف بالله ما هذا الثوب لهذا، ولا عليك تسليمه، ولا تسليم شيء منه إلى هذا المدعي من الوجه الذي يدعيه المدعي.

وإن كان غائبًا، أو كان مستهلكًا، يستحلف بالله ما عليك تسليم هذا العين ولا تسليم جزء منه، ولا تسليم قيمته، ولا جزء منه، ولا تسليم مثله إلى هذا المدعي، وهذا الجواب جواب ظاهر الرواية، كما ذكرنا.

وإن كان العين مستهلكًا، وأقر المدعي بالهلاك، يستحلف المدعى عليه على القيمة عند بعض المشايخ رحمهم الله، وقال بعضهم: يستحلف على العين والقيمة عند أبي حنيفة، وعندهما على القيمة.

وأما في الإجارة: فيستحلف بالله ما بينك وبين هذا المدعي إجارة قائمة تامة لازمة اليوم في هذا العين المدعى، ولا له قبلك فيها حق بالإجارة التي وصف. قيل: هذا الجواب على ظاهر الرواية، أما على قياس رواية أبي يوسف رحمه الله: ينبغي أن يستحلف على السبب، وهو الإجارة، وإليه مال فخر الإسلام علي البزدوي رحمه الله.

وقيل: لا، بل في الإجارة يستحلف على الحاصل على قول الكل، فرّق هذا القائل لأبي يوسف رحمه الله على الرواية التي قال: يستحلف على السبب في جنس هذه المسائل بين الإجارة وبين ما تقدم.

والفرق: أن في التحليف على السبب ههنا ضررًا للمدعي؛ لأن المنافع لا تتقوّم بنفسها، وإنما تتقوّم بالعقد، فإذا حلفناه على السبب، وحلف ينتفي العقد، ولم يثبت تقوّم المنافع، فلا يثبت للمدعي حق الرجوع بشيء، فلا يكون الاستحلاف على السبب مفيدًا، بخلاف ما تقدم؛ لأن العين متقوّم في نفسه، فإذا حلفناه على السبب، وحلف وانتفى العقد، يبقى العين مضمونًا بنفسه، فيمكن الرجوع بضمان العين، فكان التحليف على السبب مفيدًا، والأول أصح، وكذلك الجواب في المزارعة والمعاملة؛ لأنها إجارة إلا أن الأجرة فيهما جزء من الخارج.

١٤٥٠٧ - وإن ادعى المدعي أجرة الدار، وجحد المدعى عليه، يستحلف القاضي بالله ما له قبلك هذا الأجر الذي سمّى من إجارة هذه الدار في هذا الوقت الذي ادعى أنه

أجرها منك، هكذا ذكر في كتاب الاستحلاف، وكان ينبغي أن يستحلف على الأجر لا غير؛ لأن الدعوى وقع فيه، إلا أنه إنما استحلفه على الأجر والدار والوقت الذي ادعى كيلا يتأول الحالف متى حلف على الأجر لا غير أنه لا أجر عليه بسبب شيء آخر سوى الدار، أو يتأول أنه لا أجر بسببه في وقت آخر غير الوقت الذي ادّعاه المدعي، قالوا: وإن شاء القاضي حلفه بالله ماله قبلك هذا الأجر الذي سمّى بهذا السبب الذي ادّعى، أو من هذا الوجه الذي ادعى.

١٤٥٦٨ - قال: ولو ادّعت امرأة على زوجها أنها سألته أن يطلّقها، فقال لها: أمرك بيدك، وأنها اختارت نفسها، وأنكر الزوج ذلك، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه أيضاً. الأول: أن ينكر الزوج الأمر والاختيار جميعاً، وفي هذا الوجه القاضي لا يحلف الزوج على الحاصل بلا خلاف، ولا يحلف بالله ما هي بائنة منك الساعة من الوجه الذي ادّعت؛ لأن عند بعض العلماء الواقع بلفظ الأمر باليد رجعي، فلو حلفناه ما هي بائنة منك، ربما يتأول قول هذا القائل، فيحلف على السبب، ولكن يحتاط فيه للزوج، فيحلف بالله ما قلت لها منذ تزوجتها أمرك بيدك بعد مسألتها الطلاق، وما يعلم أنها اختارت نفسها بعد ذلك في مجلس الأمر، لجواز أنه تزوجها بعد ما اختارت نفسها بحكم ذلك الأمر، فلا يمكنه الحلف على ذلك الأمر.

ولو أقرّ بذلك، ثم ادّعى النكاح بعده، لم يصدّق، ويلزمه الطلاق، فيحلفه على الوجه الذي ذكرنا احتياطاً، وإن أقر بالأمر، وأنكر اختيارها نفسها، يحلف الزوج أيضاً؛ لأنه لا يقبل قولها أنها اختارت؛ لأنها أخبرت عما لا يملك الإنشاء؛ لأنها لا تملك اختيارها نفسها بعد ما قامت عن المجلس، فلا يقبل قولها، ولكن يحلف الزوج بالله ما يعلم أنها اختارت نفسها في مجلس الأمر الذي ادعت، وإن أقر بالاختيار، وأنكر الأمر، يحلف الزوج بالله ما جعلت أمر امرأتك هذه بيدها قبل أن تختار نفسها في ذلك المجلس؛ لأن الأمر لو ثبت كان لازماً على الزوج، وإذا اختارت نفسها في مجلس الأمر يقع الطلاق، فالمرأة تدّعي عليه معنى لازماً، فيحلف على الوجه الذي قلنا.

١٤٥٦٩ - وكذلك إذا ادّعت أن الزوج حلف بطلاقها أن لا يفعل كذا، وقد فعل، فهو على التفصيل الذي قلنا: إن أنكر الزوج الأمرين يستحلف؛ لأن المرأة ادّعت البينونة

بسبب التعليق ووجود الشرط، والزوج ينكر، فيجبر عما لو ادعت البينونة بسبب التنجيز، وهناك يستحلف الزوج بلا خلاف.

١٤٥٧٠ - والاستحلاف يجري في الفرقة والطلاق بلا خلاف، ثم في ظاهر الرواية يحلف على الحاصل بالله ما هي بائنة منك بثلاث تطليقات من الوجه الذي ادعت، وعلى قياس رواية أبي يوسف رحمه الله. يحلف على السبب بالله ما حلفت بطلاقها أن لا تفعل كذا، ثم فعلت، وإذا أقر باليمين، وأنكر الفعل، يحلف على الفعل بالله ما فعلت كذا بعدما حلفت بطلاق امرأتك هذه أن لا تفعل[1] كذا، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي".

بعض مشايخنا قالوا: هذا على رواية أبي يوسف، أما على ظاهر الرواية: يحلف على الحاصل بالله ما هذه المرأة بائنة منك بثلاث تطليقات، وإن أنكر اليمين، وأقر بالفعل يحلف بالله ما حلفت بطلاق امرأتك هذه ثلاثًا أن لا تفعل كذا قبل أن تفعله، بعض مشايخنا قالوا: هذه رواية أبي يوسف، أما على ظاهر الرواية يحلف على الحاصل على نحو ما بينا، وهذا لأنه من الجائز أنه حلف، ولكن أبانها بواحدة، ثم فعل ذلك الفعل ثم تزوجها.

١٤٥٧١ - وعلى هذا[2]: إذا ادعى العبد والأمة على المولى أنه حلف بالعتق أن لا يفعل كذا، وقد فعل، ذكر في "كتاب الأقضية": ولو ادعى رجل على رجل أني اشتريت منك أمتك هذه بكذا وكذا، وأنكر المدعى عليه، فالقاضي يحلف المدعى عليه بالله ما هذه الأمة له شراء بهذا البيع، ولا يحلف ما بعت، وهذا على ظاهر الرواية على ما ذكرنا، وذكر بعد هذه المسألة مسألة دعوى الشراء من المشتري، وذكر فيها تفصيلاً، فقال: إن ذكر المشتري نقد الثمن، يحلف المدعى عليه بالله ما هذا العبد ملك هذا المدعي، ولا شيء منه بالسبب الذي ادعى، ولا يحلف ما بعت، وإن لم يذكر المشتري نقد الثمن، يقول له: احضر الثمن، فإذا أحضر يستحلفه القاضي بالله ما عليك قبض هذا الثمن، وتسليم هذا العبد من الوجه الذي ادعى، وإن شاء حلفه بالله ما بينك وبين هذا

---

(١) وفي الأصل وم: يفعل كذا.

(٢) وكذا في الأصل وم: هذا.

شراء قائم الساعة.

والحاصل أن دعوى الشراء مع نقد الثمن دعوى المبيع ملكًا مطلقًا معنًى، وليس بدعوى العقد، ولهذا يصح مع جهالة الثمن، فيحلف على ملك المبيع، ودعوى البيع مع تسليم المبيع دعوى الثمن معنى، وليست بدعوى العقد، ولهذا يصح مع جهالة المبيع، فيحلف على ملك الثمن.

١٤٥٧٢ - قال في كتاب الاستحلاف: ولو أن رجلا ادّعى أنه اشترى من رجل دارًا بألف درهم، أو عبدًا أو ثوبًا، ونقده إلى القاضي، فادّعى ذلك كله، وجحد المدعى قبله ذلك، فقال: ما بعت منه شيئًا، وطلب المدعي يمين المدعى عليه، فالقاضي يحلفه بالله ما هذه الدار للمدعي بهذا الشراء الذي ادّعى أنه اشتراها بهذا الثمن الذي سمّى، فيستحلف على الحاصل، ولا يستحلف على العقد بالله ما بعته منه، وهذا جواب ظاهر الرواية، ثم ذكر أنه يستحلف على العين والثمن جميعًا، وكان يجب أن يستحلف على العين، لا على الثمن؛ لأنه إنما يستحلف على ما وقع فيه الدعوى، والدعوى وقعت في العين، لا في الثمن إلا أنه استحلفه على الثمن والعين والبيع جميعًا، وذلك لأنه من الجائز أن يقرّ الجاحد بالبيع بعد ما حلف، فيصح إقراره إلا أنه يدعي أن ثمنه كان ألفي درهم، والمشتري يقول: كان الثمن ألف درهم، فيجب التحالف؛ لأنهما اختلفا في مقدار الثمن، والمعقود عليه قائم. والاختلاف في الثمن متى وقع على هذا الوجه فإنه يجب التحالف، ومتى كان حلف الجاحد على البيع، والثمن الذي ادّعاه المشتري، لا يحتاج القاضي إلى أن يحلف البائع ثانيًا، وإنما يحتاج إلى أن يحلف المشتري بالله ما اشتريت بألف درهم لا غير، وفي الاستحلاف على العين والثمن تقليل اليمين، فكان هذا أولى، فلهذا استحلف البائع على البيع والثمن جميعًا

هذا الذي ذكرنا إذا ادعى المدعي أنه اشترى، وأنكر البائع، فأما إذا ادّعى أنه باع من المدعى قبله ذلك بألف درهم، وجحد المدعى قبله ذلك، وقال: ما اشتريت منه شيئًا قط، وسأل المدعي من القاضي أن يحلف المدعى قبله على ذلك، كيف يحلفه؟ فهذا لا يخلو من وجهين: إما إن ادّعى المدعي أنه سلّم ما باع منه إلى المدعى قبله، ولم يقبض منه الثمن، أو ادّعى أنه لم يسلم ما باع منه، ولا قبض منه ثمنه، فإن ادّعى أنه باع وسلّم،

ولم يقبض منه الثمن ، ذكر أنه يحلف بالله ماله قبلك هذا الثوب ، ولا ثمنه ، أو هذه الدار التي يدعيها ، ولا ثمنها ، فيستحلفه على الحاصل ، ولا يستحلفه بالله ما اشتريت بالثمن الذي سمّاه ، وهذا جواب ظاهر الرواية ، فيستحلف على العين والثمن جميعاً ، وكان يجب أن يستحلف على الثمن ؛ لأن الدعوى وقع في الثمن إذا كان المبيع مسلّماً لا في العين ، لكن إنما استحلفه على العين والمبيع والثمن ، وذلك لأنه يجوز أن يقر المدعى عليه بعد ما حلف بالشراء ، ويصح إقراره ، ثم يختلفان في المعقود عليه ، فيقول المدعى عليه قبله اشتريت منك ثوباً ، أو داراً أخرى ، فيجب التحالف ؛ لأنهما اختلفا في المعقود عليه ، والمعقود عليه قائم ، والاختلاف في المعقود عليه حال قيامه يوجب التحالف ، فمتى حلف على الثمن لا غير متى احتيج إلى التحالف يحتاج البائع إلى أن يحلف المدعى عليه ثانياً بالله ما اشتريت الدار التي يدّعيها المدعي بالثمن الذي سمّاه .

وإذا حلفناه على المبيع والعين والثمن الذي سمّاه ، فمتى وجب التحالف يحتاج أن يحلف البائع بالله ما بعته من هذا المشتري ما يدعيه المشتري ، ولا يحتاج إلى تحليف المشتري بالله ما اشتريت من ما يدعيه البائع ، فيكون في الاستحلاف على العين والثمن تقليل اليمين ، وفي الاستحلاف على الثمن تكرير اليمين ، فكان الاستحلاف على وجه فيه تقليل اليمين أولى ، ثم قال في الكتاب : وإن حلفه بالله ماله منها قليل ولا كثير جاز ، والأول أجوز .

أما جواز فلأن قوله بالله ماله منها قليل ولا كثير لا يتناول العين والثمن جميعاً ؛ لأن قوله : منها كناية عن العين والثمن ، إلا أن الأول أجوز ؛ لأن العين والثمن صارا مذكورين على سبيل الاقتضاء ، فكان ذكرهما على سبيل التصريح أجوز .

هذا إذا ادعى أنه كان باع وسلّم ، ولم يقبض من الثمن ، وإن ادعى أنه باع ، ولم يسلم ولم يقبض منه الثمن ، قال : يحلفه القاضي بالله ما هذه الدار لك بهذا البيع الذي يدّعي بهذا الثمن الذي سمّى ، فقد استحلفه على الحاصل ، وهذا جواب ظاهر الرواية ، وإذا وجب الاستحلاف على الحاصل في ظاهر الرواية ، استحلفه على العين والثمن جميعاً ؛ لما ذكرنا أنه يجوز أن يقرّ المدعى قبله بالشراء بعد ما حلف ، فيصح إقراره إلا أنه يقول : ما اشتريت منك هذه الدار ، وإنما اشتريت هذه الدار الأخرى ، فيقع بينهما

دعوى ، ووسع الذي في يديه أن يحلف البتة بالله ماله فيها حق ؛ لأنه وجد سبب الملك في حقه ، وهو الاستيلاء ، وأنه يقتضي انتفاء حق الغير ، فكان له أن يعتمد على هذا السبب ، ويحلف ، ألا ترى أنه لو كان مكان ذلك في يديه جارية كان له أن يعتمد على هذا السبب ، ويطأها ، فكذا يجوز الاعتماد عليه في حق الحلف ، ولو كان المدعي مع المدعى عليه تصالحا[١] عن دعوى المدعي على دراهم ، ثم إن المدعى عليه جحد حق المدعي فيه ، لا يسعه أن يحلف ماله قبلك حق حتى يعلم أنه لا حق له في ذلك الشيء .

١٤٥٧٥ - وإذا أحال الرجل غريمًا من غرمائه على رجل بألف درهم ، ثم إن المحتال به قدم المحيل إلى القاضي ، وهو لا يرى أن الحوالة توجب براءة الأصيل ، وذلك قبل أن يجحد المحتال عليه[٢] ، وقبل أن يفلس حل للمحيل أن يحلف ماله عليه ، حتى إذا كان من رأي المحيل أن الحوالة توجب براءة الأصيل ؛ لأن لكل أحد أن يتبع رأي نفسه في المجتهدات ما لم يصر مقضيًا عليه ، وإن قضى القاضي للمحتال له بمطالبة المحيل ، وجعل الحوالة بمنزلة الكفالة ، ثم أراد المحيل أن يحلف على براءة نفسه ، لا يسعه ذلك ؛ لأنه قضاء القاضي حصل في محل مجتهد فيه ؛ لأن من مذهب زفر والقاسم بن معين أن الحوالة لا توجب براءة الأصيل ، فصار المحيل مقضيًا عليه ، فلا يتبع رأي نفسه بعد ذلك ، ولا يحلف على براءة نفسه .

١٤٥٧٦ - رجل في يديه دار يزعم أن طائفة منها له يعلم مقدارها ، أو لا يعلم ، فادعى رجل لنفسه فيها حقًا معلومًا ، بأن ادعى الثلث ، أو الربع ، فقال المدعى عليه للقاضي : أنا أعلم أن للمدعي فيها حقًا معلومًا ، ولكني لا أدري مقدار حقه ، فادفع إليه ما أحب ، لا ينبغي للقاضي أن يتعرض لذلك بشيء ، ولكن يحلف المدعى عليه على ما ادعى المدعي ، فإن نكل ، فقد صار مقرًا بذلك ، أو صار باذلاً لذلك القدر ، وأيا ما كان فهو حجة ، وإن حلف على ذلك المقدار المعين ، فالقاضي يشرك المدعي مع المدعى عليه في الدار بإقراره أن له فيها حقًا ؛ لأنه قد أقر للمدعي بالشركة فيها ، ولكن أنكر قدر ما ادعاه المدعي ، ولم يثبت القدر لما حلف عليه بقي أصل الشركة ، ومن حكم الشركة في

(١) هكذا في ظ و ب ، وكان في الأصل : مع المدعى عليه يجوز تصالحا ... إلخ .

(٢) وفي الأصل : المحتال له .

القاضي بين اثنين، أو بين جماعة أن يشتركوا فيها حتى يقع كل واحد بنصيبه بقدر الممكن.

١٤٥٧٧ - قال في كتاب الصلح: رجل ادعى على رجل ديناً أو عيناً، والمدعى عليه ينكر ذلك، فاصطلحا على أن يحلف المدعى عليه، وهو بريء من المال، فحلف المدعى عليه، فالصلح باطل، والمدعي على دعواه إن قام بينة أخذه بها، وهذا لأن المدعى عليه لو استفاد البراءة إما أن يستفيدها بالصلح، ولا وجه إليه؛ لأن هذا صلح مخالف قضية الشرع؛ لأن قضية الشرع أن يمين المدعى عليه لا تمنع المدعي عن إقامة البينة.

وإما أن يستفيد البراءة بطريق إسقاط الحق، ولا وجه إليه أيضاً؛ لأن حق المدعي في إثبات ما ادعاه بالبينة ثابت شرعاً على وجه لا يتمكن من إسقاطه مع بقاء أصل حقه، وأنه لم يسقط أصل حقه حين طلب يمين المدعى عليه.

وإما أن يستفيد البراءة بالتنصيص على البراءة عند الحلف، ولا وجه إليه؛ لأن البراءة معلق بالشرط، وتعليق البراءة بالشروط باطل، فإن لم يجد البينة، وأراد أن يستحلف المدعى عليه عند القاضي بعد ذلك، ينظر إن لم يكن الاستحلاف الأول بين يدي القاضي، فالقاضي يستحلفه ثانياً؛ لأن اليمين عند غير القاضي غير معتبر؛ لأن المعتبر يمين قاطعة للخصومة، واليمين عند غير القاضي غير قاطعة للخصومة، وإن كان الاستحلاف الأول عند القاضي، لا يحلفه ثانياً؛ لأن اليمين الأولى وقعت معتبرة؛ لأنها وقعت قاطعة للخصومة، وكذلك لو اصطلحا على أن المدعي لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال، وحلف فالصلح باطل، ولا شيء على المدعى عليه؛ لأنه صلح على مخالفة الشرع؛ لأنهما بهذا الصلح جعلا اليمين حجة للمدعي، واليمين في الشرع لم تجعل حجة للمدعي.

١٤٥٧٨ - قال هشام: سألت محمداً رحمه الله عن رجل له على رجل مال مؤجل، فقدمه إلى القاضي قبل أن يحل المال الذي يدعيه قبله، فحلف الرجل ما له اليوم عليه شيء، وجهل القاضي، وقبل ذلك منه، هل يسع الحالف ذلك؟ قال: إن كان لا ينوي أنه يذهب بحقه، فأرجو أن لا يكون به بأس. قلت: فهل ينبغي للقاضي أن يقبل ذلك منه؟ قال: لا، ولكنه يحلفه بالله ما له قبله شيء.

١٤٥٧٩ - وذكر في "المنتقى" في باب الاستحلاف: رجل له على رجل ألف درهم نسيئة، فأراد أن يحلفه بها عند القاضي، ينبغي للمدعى عليه أن يقول للقاضي: سله أتدعي حالة أو نسيئة، فإن قال حالا، يحلف بالله ما له على هذه الألف التي يدعيها ويسميه، فإذا ادعى رجل على رجل دعوى، وجحده المدعى عليه، واستحلفه القاضي على ذلك، فأبى أن يحلف، فإنه ينبغي للقاضي أن يقول له: إنك نكلت عن اليمين، ومن رأيي القضاء بالنكول، فأعرض عليك اليمين ثلاث مرات، فإن حلفت وإلا قضيت عليك بالمال، فإذا عرض عليه اليمين بعد ذلك ثلاث مرات، وأبى أن يحلف قضى عليه بالمال، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله في كتابه، وهو مروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله، ذكر روايته في كتاب الاستحلاف، وشرط الخصاف أن يقول له القاضي في كل مرة: احلف، وإلا قضيت عليك.

١٤٥٨٠ - واختلف المشايخ في أن التقدير بالثلاث في عرض اليمين، هل هو أمر لازم أم لا؟ وثمرة الاختلاف تظهر فيما إذا قضى القاضي عليه بالنكول في المرة الأولى هل ينفذ قضاءه؟ كان الحاكم الإمام أبو محمد الكوفي يقول: العرض ثلاث مرات لازم.

قيل: وهكذا روي عن أبي يوسف ومحمد، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: إنه ليس بلازم، وذكر شيخ الإسلام في "شرح الجامع الكبير": أن القاضي إذا عرض اليمين على المدعى عليه، ولم يحلف، أو صرح بأنه لا يحلف، فالقاضي لا يعرض عليه اليمين مرة أخرى، بل يقضي عليه، وإن سكت، فالقاضي يعرض عليه اليمين ثلاث مرات، ويقول في كل مرة: إن حلفت، وإلا قضيت عليك بالمال.

وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الدعوى: أن القاضي لو قضى في المرة الأولى عامة المشايخ على أنه ينفذ قضاءه، وبعضهم قالوا: لا ينفذ قضاءه، قال محمد رحمه الله: والصحيح ما عليه عامة المشايخ.

وفي بعض نسخ كتاب الاستحلاف: وقال أبو حنيفة: لا يؤخر القضاء بعد إباء اليمين، وهذا اللفظ بظاهره يشير إلى أن الإباء مرة واحدة تكفي للقضاء؛ لأنه ذكر الإباء مطلقا، ولم يذكر العدد، والإباء مرة إباء، فكان الحاكم الإمام أبو محمد الكوفي تأول قول أبي حنيفة، وكان يقول: معناه لا يؤخر القضاء بعد إباء اليمين ثلاث مرات، ثم

جعل النكول على هذه الرواية عن أبي حنيفة بمنزلة الإقرار، معناه أن النكول حجة يجوز القضاء في بعض الصور كالإقرار؛ لا أن معناه أنه بمنزلة الإقرار من كل وجه، ألا ترى أنه لا يقضى بالنكول في الأشياء المبهمة عنده، ويقضي بها بالإقرار.

وجه قول من قال: بأن التقدير بالثلاث ليس بأمر لازم أن نكوله متعين للتورّع عن اليمين الكاذبة، إلا أنه يستحب العرض ثلاث مرات، حتى يتأمل، هل عليه شيء أم لا؟ أو لأنه يحتمل أنه لم يفهم كلام القاضي، فالقاضي يبلي عذره فيه، والثلاث حسن لابلاء العذر، ألا ترى أن المرتد يمهل ثلاثة أيام، ولو لم يمهل، وقتل في اليوم الأول جاز، كذا ههنا.

وجه القول الآخر أن النكول حجة محتملة؛ لأنه يحتمل أنه نكل تورّعًا عن اليمين الكاذبة، ويحتمل أنه نكل لاشتباه الحال، فما لم يتأيد بمؤيد لا يعمل به، فإذا نكل ثلاث مرات فقد وجد المؤيد، وقبل ذلك لم يوجد المؤيد؛ فلو أن القاضي عرض عليه اليمين ثلاث مرات، وأبى أن يحلف، فقضى عليه بالنكول، ثم قال: أنا أحلف، لا يلتفت إليه؛ لأن قضاء القاضي قد نفذ، وأفاد حكمه، فلا يمكن نقضه بعد ذلك من غير حجة، وهو معنى قول شريح في مثل هذه الصورة: قد مضى قضائي.

١٤٥٨١- ولو قال: أنا أحلف قبل أن يقضي عليه، قُبل ذلك منه، وهذا لأن النكول لا يكون حجة قبل اتصال القضاء به، فلم يلزمه بسببه شيء، فكان له أن يحلف، بخلاف الإقرار، وينبغي ذلك؛ لأنه عسى كرر النكول ليتأمل هل الأمر كما يزعم المدعي، أو أنه صادق في الإنكار؟ فإذا ظهر أن الأمر ليس كما زعم المدعي، وأنه صادق في الإنكار، حلف، فلهذا يقبل ذلك منه.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: وهو نظير ما قلنا في أحد الزوجين: إذا أسلم أنه يعرض الإسلام على الآخر ثلاث مرات، ويقول له القاضي: إن امتنعت عن الإسلام أفرق بينك وبين صاحبك، فإن امتنع في المرة الثالثة، فالقاضي يفرق بينهما، فإن قال بعد ذلك: أنا أسلم لا ينفعه إسلامه في هذا النكاح، وإن قال: أنا أسلم قبل قضاء القاضي بالفرقة، فالقاضي لا يفرق بينهما، كذا ههنا.

ثم النكول الذي يترتب عليه القضاء عندنا مختص بمجلس القضاء؛ لأن النكول

الذي يترتب عليه القضاء بالنكول هي اليمين القاطعة للخصومة، واليمين القاطعة للخصومة مختص بمجلس القضاء، ويشترط أن يكون القضاء على فور النكول عند بعض المشايخ، وعلى قول الخصاف لا يشترط، وقد مر هذا من قبل.

١٤٥٨٢ - قال الخصاف: وإن استمهل المدعى عليه من القاضي يومين أو ثلاثة بعد ما عرض عليه القاضي اليمين ثلاث مرات، ونكل عن اليمين في كل مرة، فلا بأس بأن يمهله القاضي؛ لأنه طلب من القاضي أن ينظر له بالتأخير، حتى ينظر فيه ويتأمل، فيزول الاشتباه عنه، والقاضي نُصب ناظرًا، فلهذا قال: لا بأس بأن يمهله القاضي، وإن لم يمهل، وأمضى الحكم جاز؛ لأن دليل القضاء قد وُجد، وعسى أن يكون مراده من الإمهال تضييع حقه بالتأخير، وهو نظير المرتد إذا استمهل يمهل له ثلاثة أيام، وإن لم يمهل وقتل جاز، كذا هنا.

فلو أن القاضي عرض عليه اليمين في المرة الأولى، فقال: لا أحلف، فلما عرض عليه اليمين في المرة الثانية، قال: أحلف، ثم لم يحلف؛ فالقاضي يحتسب بما مضى، حتى يعرض عليه اليمين مرة واحدة بعد ذلك، فإذا نكل قضى عليه.

وهذا التخريج إنما يتأتى على قول من يقول: بأن عرض اليمين ثلاث مرات أمر لازم، ولو أن القاضي عرض عليه اليمين في المرة الأولى، فقال: لا أحلف، ثم استمهله ثلاثة أيام، فأمهله القاضي، فلما مضت الأيام الثلاثة، فالقاضي يستقبل العرض عليه ثلاث مرات، ولا يحتسب بما مضى، وهذا التخريج أيضًا إنما يتأتى على قول من يقول بأن عرض اليمين عليه ثلاث مرات لازم.

والفرق أن في المسألة الأولى لو لم يحتسب بما مضى، لا يتمكن القاضي من القضاء بالنكول أصلاً؛ لأنه كلما أراد أن يقضي عليه بالنكول يقول: أنا أحلف، فيحتاج إلى استقبال عرض اليمين ثلاث مرات، فيتعذر عليه القضاء، أما في مسألة الاستمهال لو لم يحتسب بما مضى، لا يتعذر عليه القضاء بالنكول؛ لأنه لو استمهل مرة أخرى، فالقاضي لا يمهله؛ ولأن عرض اليمين إنما يبقى معتبرًا إذا بقي الاستحلاف حقًا مستحقًا للمدعي، وفي المسألة الأولى بقي الاستحلاف مستحقًا للمدعي، فبقي العرض معتبرًا، وفي المسألة الثانية لم يبق اليمين مستحقًا للمدعي، فلم يبق العرض معتبرًا.

١٤٥٨٣ - قال : ولو أن المدعى عليه حين أنكر دعوى المدعي ، وعرض عليه القاضي اليمين لم يقل : لا أحلف ، ولكنه سكت ، فالقاضي يقول له : إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً ، فإن لم تحلف قضيت عليك بما ادعى ، ثم يعرض عليه اليمين ثلاثاً ، فإن حلف وإلا ألزمه ذلك ، فقد جعل الساكت ناكلاً ، وإنما جعل كذلك لأنه بالسكوت امتنع عن اليمين المستحقة ، فصار به ظالماً ، فيجعله القاضي ناكلاً ليقضي عليه ، فيدفع ظلمه ، ألا ترى أنه لو امتنع عن جواب المدعي بالسكوت ، فالقاضي يجعله ناكلاً ، فكذا ههنا .

١٤٥٨٤ - وبهذا تبين أن النكول نوعان : حقيقي ، وحكمي ، فالحقيقي أن يقول : لا أحلف ، والحكمي أن يمتنع عن اليمين ، ولكن إنما يجعل الإباء عن اليمين نكولاً حكماً إذا عرف أنه ليس في لسانه آفة تمنعه عن اليمين ، وإذا عرف أنه ليس في أذنه ما يمنعه عن سماع كلام القاضي ، وهذا لأن الإنسان قد يسمع كلام القاضي ، ولكن لا يمكنه أن يجيب لآفة في لسانه ، وقد يمكنه أن يجيب ، إلا أنه لا يمكنه أن يسمع لآفة في سمعه ، وما لم يسمع ، ولم يقدر على الجواب لا يصير ظالماً بالإباء عن اليمين ، فلا يجعل امتناعه عن اليمين نكولاً حكماً ، وفي مسألتنا هذه عرف أنه لا آفة في لسانه ، ولا في سمعه ؛ لأنه سمع كلام الخصم ، وأجابه في مجلس القاضي بالإنكار ، فلهذا جعله ناكلاً حكماً .

١٤٥٨٥ - ولو أن المدعي حين قدم المدعى عليه مجلس القاضي ، وادعى عليه الحق الذي زعم أنه قبله ، فسأله القاضي عن دعواه ، فسكت ، ولم يجب القاضي ، لا بقليل ولا بكثير ، وكلما كلمه القاضي بشيء لم يرد عليه الجواب ، فإن القاضي لا يجعله ناكلاً لجواز أنه كان بسمعه آفة ، فلم يسمع كلام القاضي ، أو لم يكن بسمعه آفة إلا أنه كان بلسانه آفة ، فسمع كلام القاضي ، إلا أنه لم يقدر على الجواب ، فلا يظهر ظلمه[1] ، فلا يجعله القاضي ناكلاً ، ولكن إذا كان في مجلس القاضي من يعرفه ، فالقاضي يسأل عنه ، فإن شهدوا أنه عاقل ناطق سميع غير أبكم ولا أصم ، فالقاضي يجعله ناكلاً ، ويقضي عليه ؛ لأنه ظهر ظلمه في الامتناع عن اليمين .

وأما إذا لم يكن في مجلس القاضي من يعرفه ، فإن القاضي يقيمه عن مجلسه ،

---

(١) وفي الأصل : فلم يظهر ظلمه

ويأخذ منه كفيلاً، حتى يسأل عن معارفه وجيرانه؛ فإن سأل، وأخبر أنه لا آفة به، أعاده إلى محبسه، فإذا أعاده إلى مجلسه، وهو ساكت بعد لا يتكلم، أجمعوا على أن القاضي ينزله منكراً في حق سماع البينة عليه، حتى لو أقام المدعي عليه بينة، قبلت بينته، ويقضي عليه بالمال المدعى به.

وأما في حق عرض اليمين عليه ثلاث مرات، والقضاء عليه بالنكول، هل ينزله منكراً؟ ذكر الخصاف رحمه الله أنه ينزله منكراً، بعض مشايخنا قالوا: هذا على قولهما، فأما على قول أبي حنيفة: فالقاضي يحبسه، ولا يقضي عليه بالنكول، وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي أن ما ذكر في الكتاب قول أبي حنيفة ومحمد، أما على قول أبي يوسف فالقاضي لا يقضي عليه، بل يحبسه حتى يجيب أو يحلف.

وجه قول من قال: يستحلف، ويقضي عليه أنه جعل منكراً في حق سماع البينة عليه، فكذا في عرض اليمين؛ لأن المعنى لا يختلف، ولا يعرض عليه اليمين أن الإنكار لم يوجد حقيقة، والشرع إنما شرع عرض اليمين، والقضاء بعد ذلك بناء على الإنكار الحقيقي، ولم يوجد وإن علم القاضي أن بلسانه آفة بأن علم أنه أخرس، أمره أن يجيب بالإشارة، ويعمل بإشارته؛ لأن الإشارة من الأخرس قائمة مقام الكلام من الناطق، ألا ترى أنه يعمل بإشارته في حق النكاح والطلاق، فإن أشار بالإقرار، عمل بالإقرار، وإن أشار بالإنكار، عرض عليه اليمين، فإن أشار بالإجابة كان بريئاً، وإن أشار بالإباء يكون نكولاً، فيقضي عليه بالنكول.

حكي عن موسى بن سليمان قال: سمعت محمد بن الحسن إذا أراد القاضي أن يستحلف الأخرس يقول له: عليك عهد الله إن كان لهذا عليك هذا الحق، ويشير الأخرس برأسه أي نعم، ولا يستحلفه بالله ما لهذا عليك هذا الحق، ويشير برأسه أي نعم، وهذا لأن في قوله: بالله ما لهذا عليك هذا الحق لا بد وأن يقول القاضي: قل: بالله ليعرف الأخرس أنه يطلب منه اليمين؛ لأن قوله: بالله ليس بخطاب الأخرس، ولا ينبئ عن إلزام[1] الأخرس، فلا بد من خطابه بقوله: قل ليعرف أنه طلب منه اليمين، بخلاف قوله: عليك عهد الله، فإن هناك لا يحتاج إلى أن يقول له القاضي: قل: علي عهد الله؛

(١) هكذا في ظا، وكذا في م، ولا ينبئ عن التزام

يؤمر بالإشارة ليجيب، ويعامل معه كما يعامل مع الأخرس، وإن كان المدعى عليه مع كونه أخرس أصم أعمى، فالقاضي ينصب عنه وصيًا، ويأمر المدعي بالخصومة معه، إذا لم يكن له أب، أو جد، أو وصيهما.

وإن عرف القاضي خللاً في عقل المدعى عليه، أو عرفه عديم العقل، فإن كان له أب أو جد، أو وصي أب، أو وصي جد، يحضره مجلس الحكم، حتى يدعي عليه، وإن لم يكن له واحد من هؤلاء، نصب عنه خصمًا[١]، ثم يسمع الخصومة عليه نظرًا للمدعي بقدر الممكن.

١٤٥٨٨ - ولو ادعى رجل على رجل مالاً بحكم الشركة، وجحد المدعى عليه ذلك، ثم إن المدعى عليه قال: كان في يديَّ من مالك كذا وكذا بحكم الشركة، ولكن قد دفعته إليك، وأنكر المدعي الدفع والقبض، هل يحلف المدعي على الدفع والقبض؟ يُنظر إن كان المدعى عليه أنكر الشركة، وكون مال الشركة في يده أصلاً، بأن قال: لم يكن بيني وبينك شركة قط، وما قبضت منك شيئًا بحكم الشركة، لا يحلف المدعي على القبض، وإن كان المدعى عليه قال وقت الإنكار: ليس في يديَّ من مال الشركة شيء، يحلف المدعي، وهذا لأن التحليف يترتب على دعوى صحيحة، وفي الوجه الأول لم يصح لمكان التناقض، لأن الجمع بين إنكار الشركة أصلاً وبين دعوى ردّ مال الشركة غير ممكن، أما في الوجه الثاني الدعوى قد صحّ لانعدام التناقض، لأنه يمكن أن يقول: ليس في يديّ من مال شركتك شيء؛ لما أني قد دفعت إليك مال الشركة قبل هذا.

١٤٥٨٩ - ولو ادعى عبدًا في يد غيره، فقال صاحب اليد: إنه لفلان الغائب أودعنيه، لا تندفع الخصومة عنه ما لم يقم البينة على ما ادعى عندنا، وهي المسألة الخمسة، وإذا لم تقم بينة على ما ادعى، حتى بقي خصمًا كان للمدعي أن يستحلفه على دعواه، فإن حلف برئ عن الخصومة، وإن نكل قضى عليه بما ادعاه المدعي، فإن جاء المقر له الأول، كان له أن يأخذ العبد من المدعي؛ لأن إقرار صاحب اليد الأول كان سابقًا على إقراره للمدعي، فيثبت حق الأول في زمان لا يزاحم المدعي فيه، ثم يقال للمدعي: أنت على خصومتك مع الأول، فإن أقام بينة على أنه له أخذه منه، فإن لم تكن له بينة

(١) وفي الأصل: ينصب عنه خصمًا.

على ذلك يستحلف الأول، فإن حلف، برئ عن خصومة المدعي، وإن نكل قضى عليه بالعبد للمدعي؛ لأنه صار هو الخصم، وترتيب الحجج بين الخصوم ما ذكرنا. هذا إذا أقر به الأول، ونكل المدعى عليه بعد ذلك، ولو لم يقل شيئاً حتى استحلفه القاضي، ونكل، وقضى به للمدعي، ثم أقر به للغير لا يصح إقراره، ولا يضمن لذلك الغير شيئاً.

١٤٥٩٠ - ولو أن رجلا في يديه أمة أو عبد أو دار أو عرض من العروض، جاء رجلان، وادعى كل واحد منهما أنه له، وقدماه إلى القاضي، فسأله القاضي دعواهما، فإن أقر به لأحدهما، وجحد الآخر، يؤمر بالتسليم إلى المقر له؛ لأن مدعوهما لا يبطل ملكه وبيده، فإقراره يكون إقراراً على نفسه، فيصح ويؤمر بالتسليم إليه، فإن أراد الآخر استحلافه، لا سبيل له عليه، ويكون الخصومة للآخر مع المقر له؛ لأن فائدة الاستحلاف النكول الذي هو إقرار أو بذل، وبعد ما خرج عن ملكه، لا يصح منه البذل، ولا الإقرار. فإن قال الآخر للقاضي: إنما أقر به له ليدفع اليمين عن نفسه، فحلّفه لي. فالقاضي يحلفه على ذلك، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي"، وإنه ليس بصواب، والصواب أنه لا يحلفه؛ لما ذكرنا أن فائدة الاستحلاف النكول الذي هو بذل أو إقرار.

١٤٥٩١ - ولو كان مكان دعوى الملك المطلق دعوى الغصب، بأن ادعى رجلان عيناً في يدي الثالث، ادعى كل واحد أن العين له غصبه صاحب اليد منه، وقدماه إلى القاضي، فأقر بالغصب من أحدهما، وأمر بالتسليم إليه، فأراد الآخر أن يستحلفه، كان له ذلك؛ لأنه لو أقر للثاني يصح إقراره؛ لأنه يفيد إيجاب الضمان عليه إن كان لا يفيد استحقاق العين؛ لأنه يقر للثاني بالغصب حسب إقراره للأول، وقد عجز عن رده إلى الثاني، والعجز عن رد المغصوب يوجب الضمان على الغاصب سواء حصل العجز من جهة الغاصب، أو من جهة القاضي، بخلاف مسألة دعوى الملك المطلق، فإن هناك لو أقر الثاني بعد ما أقر للأول، ودفع إلى الأول بقضاء لا يضمن شيئاً؛ لأنه ما أقر للثاني بسبب الضمان؛ لأن مجرد الإقرار لا يصلح سبباً للضمان في حق الثاني؛ لأنه لا يزيل ملكه، ألا ترى أن الثاني لو أقام بينة[1] أنه ملكه أخذه من الأول، وإذا خرج الإقرار من أن يبقى

---

(١) هكذا في م، وكان في الأصل: لو أقام بينة لضمانه؛ لأن مجرد الإقرار أنه ملك أخذه من الأول.

التسليم ، لأنه حصل بقضاء ، وأنه لا يصلح سبب ضمان ، وإذا كان لا يضمن للثاني لو أقر أن العين له ، لم يكن الاستحلاف مفيداً لاستحقاق العين ، ولا لاستحقاق القيمة ، فلا يستحلف .

١٤٤٥٧ - ولو كان مكان دعوى الغصب دعوى الإيداع بأن ادعى كل واحد الوديعة في العين ، فقال كل واحد : هذا العين لي أودعته مني هذا ، فأقر به لأحدهما ، وأمره القاضي بالدفع إليه ، فأراد الآخر أن يستحلفه ، لا يكون له ذلك ؛ لأنه لو أقر للآخر بالعين[1] بعد ذلك ، لا يضمن له ، وإن صار العين تالفاً على الآخر ؛ لأنه ما صار تالفاً بمجرد إقراره ، بل إنما صار تالفاً بالدفع إلى الأول[2] ، والدفع إلى الأول حصل بقضاء قاض ، وإذا كان لا يلزمه الضمان لو أقر به للثاني ، لم يكن الاستحلاف مفيداً ، وعلى قول محمد : كان له أن يستحلف ؛ لأنه لو أقر للثاني ، يلزمه الضمان ؛ لأنه بعقد الوديعة التزم الحفظ ، والتزم الضمان بترك الحفظ ، فإذا أقر به للأول ، فقد سلطه على الأخذ ، فصار تاركاً الحفظ[3] في حق الثاني ، فيلزمه الضمان ، كما لو دل سارقاً على سرقة الوديعة ، وإذا كان يلزمه الضمان لو أقر للثاني كان الاستحلاف مفيداً ، فيستحلفه .

هذا إذا أقر به لأحدهما ، فأما إذا أقر لهما أمر بالتسليم إليهما ، ولا يضمن لواحد منهما شيئاً ، أما في دعوى الملك فظاهر ، وأما في دعوى الوديعة : أما على قول أبي يوسف : فظاهر أيضاً ، وأما على قول محمد : فلأنه إنما يصير مقراً لكل واحد منهما بالنصف ، وقد سلم إلى كل واحد منهما ما أقر به ، فلا يصير[4] تاركاً الحفظ الملتزم في حق كل واحد منهما ، بخلاف ما إذا أقر لأحدهما أولاً ، ثم أقر به للآخر ؛ لأن هناك لم يسلم إلى الثاني ما أقر له ، فصار تاركاً للحفظ الملتزم في حق الثاني ، فيضمن له عند محمد .

وأما في دعوى الغصب ، فلأنه صار مقراً لكل واحد منهما بالنصف ، وقد سلم

(١) هكذا في الأصل ، وكان من حقه : لو أقر الآخر بالعين ، أو : لو أقر للآخر بالعين .

(٢) كما في ط ب ، وكان في الأصل : إلى الأول عند أبي يوسف ، والدفع إلى الأول .

(٣) وفي الأصل : تاركاً للحفظ .

(٤) وفي الأصل : فلم يصير .

إلى كل واحد منهما ما أقر به ، بخلاف ما إذا أقر به لأحدهما ، ثم أقر به للثاني ، فإن أراد أحدهما أن يحلفه على النصف الآخر لنفسه ، أو أراد كل واحد منهما أن يحلفه على النصف الآخر لنفسه ، ففي دعوى الملك المطلق لا يحلف ، وفي دعوى الغصب يحلف ، وفي دعوى الوديعة على قول أبي يوسف : لا يحلف ، وعلى قول محمد : يحلف .

وأما إذا جحد لهما ، وطلب كل واحد منهما من القاضي أن يحلفه له ، فالقاضي لا يحلف بالله ما هذا العبد لهما ؛ لأن كل واحد منهما يدعي جميع العبد ، فكيف يستحلف له في نصفه ؟ وهذا تحليف لكل واحد منهما في النصف ، ولكن يستحلف لكل واحد منهما ، بعد هذا اختلف المشايخ ، بعضهم قالوا : يحلف لهما يمينًا واحدة بالله ما هذا العبد لهما ، لا لهذا ، ولا لهذا ، ولا يحلف لكل واحد منهما يمينًا على حدة ؛ لأن عند ذلك يحتاج البداية بأحدهما ، وفيه تفويت التسوية .

وبعضهم قالوا : يحلف لكل واحد منهما يمينًا على حدة ، والرأي في ذلك للقاضي إن شاء بدأ بأحدهما من غير إقراع ، وإن شاء أقرع بينهما تطييبًا لقلوبهما ، ونفيًا للتهمة عن القاضي .

١٤٥٩٣ - ثم إذا حلف لكل واحد منهما يمينًا على حدة ، فالمسألة على ثلاثة أوجه : الأول : إذا حلف لهما ، وفي هذا الوجه برئ عن دعواهما ، وهذا ظاهر ، الثاني : إذا حلف لأحدهما ، ونكل للآخر ، وأنه على وجهين : إن حلف للأول برئ عن دعواه ، وإن نكل للآخر ، قضى بنكول اليمين ، كما إذا ادعى هو وحده ، فحلف ونكل ، وإن نكل للأول ، فالقاضي لا يقضي بنكوله للأول ، بل يحلف للآخر ، وينظر حاله مع الآخر ، بخلاف ما لو أقر به لأحدهما ، فإن هناك القاضي يقضي بالعين للمقر له ، وفي النكول قال : لا يقضي للذي نكل له .

والفرق أن الإقرار حجة موجبة للحق بنفسه ، لا يتوقف على قضاء القاضي ، فحين أقر به للأول ، فقد ثبت الحق للأول ، فيؤمر بالتسليم إليه ، فأما النكول لا يوجب الحق بنفسه ، بل يتوقف على قضاء القاضي ، فإن القاضي بالقضاء ينزله مقرًا ، أو باذلًا على حسب ما اختلفوا فيه ، فحين نكل للأول لم يثبت له الحق بنكوله ، بل يتوقف على القضاء ، ولا يمكن للقاضي القضاء للأول ما لم يستحلف للثاني ، فلو أنه قضى للذي

نكل له أولا مع أنه لا ينبغي أن يفعل ذلك، نفذ قضاؤه؛ لأنه حصل في محل مجتهد فيه، فإن الموضع موضع اشتباه الدليل؛ لأن النكول إقرار، ولأنه من العلماء من قال: يجوز للقاضي أن يقضي للذي نكل أولا، وهو مروى عن أبي يوسف.

١٤٥٩٤ - ولو نكل لهما فهو على وجهين: إما إن نكل لهما جملة، بأن حلفه القاضي لهما يمينًا واحدة، كما هو قول بعض المشايخ، أو نكل لهما على التعاقب، بأن حلف القاضي لكل واحد منهما يمينًا على حدة، كما هو قول بعض المشايخ، والحكم في الوجهين واحد، وإنما كان الحكم في الوجهين واحدا؛ لأن النكول ليس بحجة في نفسه، وإنما يصير حجة بقضاء القاضي، وحال ما يقضي القاضي فقد اجتمع النكولان، فكأنه نكل لهما جملة.

١٤٥٩٥ - جئنا إلى بيان الحكم، فنقول: في دعوى الملك المطلق القاضي يقضي بالعين بينهما، وفي دعوى الغصب القاضي: يقضي بالعين بينهما وبقيمة العين بينهما، فرق بين النكول وبين الإقرار، فإنه إذا أقر بالغصب منهما يقضي بالعبد بينهما، ولا يضمن شيئًا من قيمة العبد، لا لهما، ولا لأحدهما.

والفرق أن الإقرار حجة في نفسه؛ لا ينبني على الدعوى، ولهذا يصح قبل الدعوى، فإذا أقر بغصب العبد منهما، فقد أقر بغصب النصف من كل واحد منهما، فإذا دفع العبد إليهما فقد وصل إلى كل واحد منهما نصف العبد، فلا يكون يلزمه شيء آخر، فأما النكول ينبني على الدعوى، فكل واحد من المدعيين ادعى لنفسه جميع العبد، فيكون نكوله لكل واحد منهما في جميع العبد، فاستحق كل واحد منهما عليه جميع العبد، ولم يصل إلى كل واحد منهما إلا نصفه، فيضمن قيمة العبد بينهما ليصل إلى كل واحد منهما نصف العبد معنى، وفي دعوى الوديعة القاضي يقضي بالوديعة[1] لهما، ولا يقضي بشيء من قيمة العبد عند أبي حنيفة، وعند محمد يقضي بقيمة العبد بينهما، كما في دعوى الغصب.

١٤٥٩٦ - ولو أن رجلا في يديه عبد، ورثه من أبيه، جاء رجل وادعى أن هذا العبد عبده أودعه أباه الميت، وأنكر صاحب اليد، فإنه يستحلف صاحب اليد على

---

(١) وفي م: بالعين مكان بالوديعة.

دعواه، ولكن يستحلف على العلم، وهذا ظاهر، فإن حلف برئ، وإن نكل قضي به عليه، ثم إذا قضى به عليه، وأمر بالتسليم إلى المدعي، ثم جاء رجل وادعى مثل ما ادعاه الأول، وأراد أن يستحلف المدعى عليه، ليس له ذلك.

فرّق محمد رحمه الله بين هذه المسألة، وبينما إذا ادعى كل واحد من المدعيين أنه أودعه من صاحب اليد، واستحلف للأول، ونكل له، فإنه يستحلف للثاني، والفرق أن في تلك المسألة إنما يستحلف للثاني عند محمد رحمه الله؛ لأن الاستحلاف مفيد؛ لأنه لو أقر للثاني يضمن للثاني لتركه الحفظ الملتزم بعقد الوديعة في حق الثاني، أما هنا فالاستحلاف لا يفيد؛ لأنه لو أقر بذلك للثاني، لا يضمن للثاني شيئاً؛ لأنه ما ترك الحفظ الملتزم بعقد الوديعة في حق الثاني؛ لأن الابن ليس بمودع، بل حصل المال أمانة في يده، وفي مثله لا يجب الضمان بترك الحفظ(1)، فلم يكن في الاستحلاف فائدة هاهنا، فلا يستحلف.

قالوا: وهذا إذا لم يكن في يد الابن شيء من تركة الأب سوى هذا العبد، أما إذا كان في يدي الابن شيء من تركة الأب سوى هذا العبد، يستحلف للثاني عند محمد؛ لأنه لا يصح إقراره للثاني، فيستحلف له أيضاً، وهذا لأن المدعي يدعي على الميت تجهيل الوديعة، وتجهيل الوديعة سبب وجوب الضمان، فكان هذا دعوى الدين على الميت، وإقرار الوارث بالدين على الميت إذا كان في يده شيء من التركة صحيح، فيستحلف، وإذا نكل يقضى عليه بنكوله، ويؤخذ ذلك مما في يده.

١٤٥٩٧- ولو كانت هذه الدعوى في الغصب، لا يستحلف للثاني أيضاً إذا لم يكن في يديه شيء من تركة الأب سوى هذا العبد؛ لأنه لو أقر للثاني في هذه الصورة لا يصح إقراره، ولا يضمن له شيء؛ لأنه ليس بغاصب حتى يضمن للثاني بالأخذ السابق، والتسليم ما كان عن اختيار، فهنا لا يضمن للثاني، وإذا لم يكن عليه ضمان للثاني لم يكن استحلافه للثاني مفيداً، فلا يستحلف له.

١٤٥٩٨- وإذا ادعى على عبد محجور عليه مالاً أو حقاً من الحقوق، لم يحلفه في ذلك العبد، حتى كان للمدعي حق إحضاره، فإذا أحضره، وأنكر دعواه، فله أن

(1) في الأصل: «بترك الحفظ».

يستحلفه ، أما إذا كان المدعى به مالا يؤاخذ عليه العبد به في الحال ، كدين الاستهلاك وما أشبهه فظاهر ؛ لأن دين الاستهلاك ظاهر في حق المولى ، حتى يباع العبد فيه ، فصار كدين التجارة في حق المأذون . وأما إذا كان مالا لا يؤاخذ به العبد للحال ، وإنما يؤاخذ به بعد العتق كدين الكفالة ، وكمهر امرأة تزوجها بغير إذن المولى ، ودخل بها ، فلأنه يدعي عليه معنى لو أقر به يلزمه ، فإنه يؤاخذ به بعد العتق ، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول ، فإن حلف برئ عن الدعوى ، وإن نكل ثبت الحق ، ويصير المدعي إلى أن يعتق ، هكذا ذكر الخصاف في أدب القاضي .

١٤٥٩٩ - قال الصدر الشهيد : وتصير مسألة العبد المحجور رواية في الدين المؤجل إذا ادعاه صاحب الدين ، وأنكره المديون ، فأراد صاحب الدين أن يحلفه ، هل له ذلك ؟ فقد اختلف المشايخ فيه بعضهم ، قالوا : يحلف استدلالا بمسألة العبد المحجور ، فإنه في الموضعين جميعاً المال واجب في الحال ، وإنما تأخرت المطالبة ، وهكذا رُوي عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، وقد ذكرنا روايتهما في صدر هذا الفصل .

وبعضهم قالوا : لا يحلف وهذا القائل يفرق بين المسألتين ، والفرق أن التأخير في الدين المؤجل بدليل موجب له ، وهو التأجيل ، فأوجب التأخير مطلقاً ، فلم يبق واجب الأداء في الحال ، فلم تصح مطالبة المدعي إياه في الحال ، فلم يتوجه اليمين ، أما في العبد لا تأجيل في الدين ، فكان واجب الأداء للحال ، ولهذا لو جاء إنسان ، وكفل به صح ، ويطالب الكفيل به للحال ، لكن تأخرت المطالبة ضرورة العسرة ، فلا يظهر التأخير في حق توجه اليمين عليه ، كما لو ادعى على المعسر العاجز ، وجحده ، فإنه يتوجه عليه اليمين ، وإن كان لا يطالب به للحال .

ومن العلماء من قال : إذا كان المدعى به مالا لا يؤاخذ به العبد المحجور عليه في الحال ، وأراد المدعي أن يحضر العبد مجلس الحكم ، فللمولى أن يمنعه من ذلك ، ويقول له : لي حق استخدامه ، فإذا أحضره باب القاضي عجزت عن استخدامه ، والاستخدام مستحق لي ، فليس لك إبطاله ، هذا كما قلنا : في الرجل تزوج أمة من إنسان ، كان له أن يمنعها من الزوج ، وإن كان للزوج حق الاستمتاع بها بحق النكاح كيلا يفوت حق الاستخدام على المولى ، كذا ههنا ، وإلى هذا القول مال الشيخ الإمام فخر الإسلام علي

البزدوي، وإن وقع الدعوى على عبد مأذون له في التجارة، فالجواب فيه كالجواب في العبد المحجور عليه يحلف العبد، سواء كان المدعى به مما لا يؤاخذ به المأذون في الحال أو يؤاخذ به بعد العتق، هكذا ذكر الخصاف، ومن قال في العبد المحجور: إنه إذا ادعى عليه بما لا يؤاخذ به العبد للحال إذا أراد أن يحضر العبد مجلس الحكم، فللمولى أن يمنعه يقول في المأذون كذلك، لأن المدعي لا يتمكن من تحليفه وخصومته للحال، وللمولى فيه ضرر، فإن الخصومة مع العبد وحضوره في باب القاضي يشغله عن خدمة المولى، وخدمة المولى حقه، فكان للمولى أن يمنع المدعي من ذلك.

١٤٦٠٠ - وإن وقع الدعوى على صبي محجور عليه، فإن لم يكن للمدعي بينة لا يكون له حق إحضاره؛ لأنه لا فائدة في إحضاره؛ لأنه لو أقر لا يصح إقراره، ولا يتوجه عليه اليمين؛ لأن اليمين للنكول، ونكوله ليس بحجة؛ لأنه لا يزيد درجته على صريح الإقرار منه، وليس بحجة، فكذلك النكول.

وإن كان للمدعي بينة، وكان يدعي عليه الدين بسبب الاستهلاك، هل يشترط إحضاره؟ فالكلام فيه يأتي بعد هذا في فصل آخر إن شاء الله تعالى. وإن وقع الدعوى على صبي مأذون، فقد ذكر في الفتاوى: صبي مأذون باع شيئاً ووجد المشتري به عيباً، وأراد رده على الصبي، وأنكر الصبي كون هذا العيب في يده، وأراد المشتري أن يحلفه، قال: لا يمين عليه حتى يدرك، وعن محمد رحمه الله: يحلف وهو الصبي، ثم إذا أدرك لا يحلف، وهذا دليل على أن يمينه معتبرة.

وفي النوازل: يحلف الصبي المأذون، ويقضي عليه بنكوله عند الثاني، وفي بعض نسخ الأصل في باب الإقرار: أن اليمين على الصبي التاجر يستحلف، وكذا العبد التاجر.

١٤٦٠١ - وفي كتاب الأقضية: الصبي المأذون إذا أقر بدين التجارة يصح إقراره، وإذا ادعى ذلك عليه وأنكر يستحلف، وإذا أقر بدين ليس هو من التجارة لا يصح إقراره، وإذا ادعى عليه ذلك وأنكر لا يستحلف، وفيه أيضاً: إذا وقع الدعوى على الصبي التاجر بدين ورثه عن أبيه يستحلف في ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يستحلف.

١٤٦٠٢ - وفي الفتاوى: دار في يدي صبي، يدعي رجل أن أباه غصبها منه، لا يحلف الصبي عليه؛ لأنه لا فائدة فيه، ولا ينزع الدار من يده؛ لأنه بالكبر قد يقرّ، وذكر أبو الحسن بن عمر الطبري في كتابه إذا كان صبي مأذون ادعى على رجل، لا يمين عليه، ولو أقر به جاز.

١٤٦٠٣ - وإذا ادعى مسلم على ذمي خمراً بعينه بعينها، وإذا أنكر يستحلف، لأنه لو أقر به يصح، فكان الاستحلاف مفيداً، وإذا ادعى عليه استهلاك خمر لا يستحلف؛ لأنه لو أقر به، لا يلزمه شيء، فلا يفيد الاستحلاف، قال: ويجوز الافتداء عن اليمين بالدراهم، وكذا يجوز الصلح عن اليمين على دراهم حتى لا يكون للمدعي أن يحلف المدعى عليه بعد ذلك؛ لأن الافتداء عن اليمين، والصلح عن اليمين صلح عن إنكار، وبعد الصلح عن الإنكار، لا تسمع دعوى المدعي فيما وقع الصلح عنه[1].

١٤٦٠٤ - قال: رجل ادعى عبداً في يدي رجل، وأراد استحلاف المدعى عليه، فإن قال المدعى عليه العين في يدي ميراث، وعلم القاضي ذلك، أو لم يعلم، ولكن أقر المدعي بذلك، أو لم يقر المدعي بذلك، ولكن أقام المدعى عليه بينة على ذلك، ففي هذه الوجوه كلها التحليف على العلم، يحلف المدعى عليه بالله ما نعلم أن عليك تسليم هذا العين إلى هذا المدعي؛ لأنه في الحاصل تحليف على فعل الغير، لأن الوارث يملك الموروث بفعل غيره، وهو موت المورث، لا بفعله، ولهذا ملكه قبل، أو لم يقبل، وإن لم يعلم القاضي حقيقة الحال، ولا أقر المدعي بذلك، ولا أقام المدعى عليه بينة على ذلك، فالقاضي يكلفه البينة[2]؛ لأن سبب استحقاق اليمين على البتات قد تقرر، وهو كون العبد في يده، فهو بقوله: وصل إلي بالميراث يريد إسقاط يمين البتات عن نفسه، فلا يصدق عليه إلا بحجة.

فإن طلب المدعى عليه من القاضي أن يحلف المدعي ما وصل إليه من جهة

---

(١) وفي الأصل: فيما وقع المدعى عنه.

(٢) هكذا في ن م، وكذا في الأصل: يكلفه البينة.

الميراث، فالقاضي يحلفه؛ لأنه يدعي سقوط يمين البتات عن نفسه، والمدعي إذا(١) أقر بذلك، يلزمه، فإذا أنكر يستحلف، ولكن يحلف على العلم بالله ما تعلم أنه وصل إليه بالميراث؛ لأنه تحليف على فعل الغير، فإن حلف المدعي على ذلك انتفى الوصول إلى المدعى عليه بجهة الميراث، فيستحلف حينئذ البتة، وإن نكل صار مقرًا أنه وصل من جهة الميراث، فيحلف المدعى عليه حينئذ على العلم.

١٤٦٠٥- وإن قال المدعى عليه: وصل العين إلي بالشراء، أو بالهبة، أو بالصدقة من جهة فلان يحلف على البتات بالله ما عليك تسليم هذا العين إلى هذا المدعي، وهذا مذهبنا خلافًا لابن أبي ليلى، والمسألة قد مرّت في صدر هذا الفصل.

وإن كان المدعى عليه يدّعي لنفسه ملكًا مطلقًا يحلف على البتات أيضًا، وإن احتمل دعوى الملك المطلق دعوى التملك بفعل غيره من كل وجه، وهو الميراث، ودعوى التملّك بفعل نفسه من كل وجه، كالاصطياد والاحتشاش إلا أن الترجيح لجانب اليمين على البتات؛ لأن فيه زيادة زجر، وقد مرّ نظير هذا الفصل

١٤٦٠٦- قال الخصّاف رحمه الله في «أدب القاضي»: العبد المأذون له في التجارة إذا اشترى جارية، ووطئها، ثم استحقت من يده، وهي ثيب، إن أقر العبد بذلك الساعة، لا يلزمه شيء؛ لأنه لو أقر بالوطء بعد ما استحقت لا يلزمه العقر في الحال، وإنما يلزمه بعد العتق، ومعنى قوله: وإن أنكر، وأراد استحلافه أن العبد لو أنكر الوطء بعد ما استحقت الجارية، وأراد المستحق استحلاف العبد على الوطء بعد استحقاقها حلف بالله يجب أن يعلم بأن المأذون بمنزلة الحر في حق بعض الأحكام، وبمنزلة المحجور في حق البعض، ألا ترى أنه لو أقر بثمن جارية اشتراها يؤاخذ به للحال كالحر.

١٤٦٠٧- ولو أقر بمهر امرأة أو أقر بالجناية لا يؤاخذ به في الحال، وإنما يؤاخذ به بعد العتق، ولكن إذا جحد المأذون له ما يلزمه في الحال، وما يؤاخذ به بعد العتق، وأراد المدعي استحلافه، يحلف كما في المحجور عليه على ما ذكرنا قبل هذا، وهو اختيار الخصّاف رحمه الله.

ثم إن الخصّاف لم يصحح إقرار المأذون بوطء الثيّب بعد ما ورد عليها الاستحقاق

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: لو يمكن. إذا

في حق لزوم العقر للحال، وجعله في هذا كالمحجور، ومن المتأخرين من صحّح ما ذكر الخصّاف رحمه الله، وفرق بين الثّيب وبين البكر، فإن الجارية المشتراة إذا كانت بكراً، أو استحقت من يد المأذون، وأقر بوطئها بعد الاستحقاق، يلزمه العقر في الحال.

والفرق أن المستوفي بوطء البكر صفة البكارة مال، ولهذا يرد ما لية الجارية باعتبار هذه الصفة، وينتقص بفواتها، وتصير هذه الصفة مستحقة بالشرط، كما في باب البيع، تثبت أنها مال، فقد أقرّ بوجوب المال بدلاً عما هو مال، فيؤاخذ به في الحال، كما لو أقر بثمن جارية اشتراها، أما المستوفى بوطء الثيب ليس بمال، فإذا أقرّ بوجوب المال عما ليس بمال، فلا يؤاخذ به في الحال، كما لو أقرّ بجناية، أو بمهر المرأة تزوجها، فالمأذون في فصل البكر كالحر، وفي فصل الثّيب كالمحجور.

١٤٦٠٨ - قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني: ما ذكره الخصاف رحمه الله أن إقرار المأذون بوطء الثيب غير صحيح في حق لزوم العقد للحال خلاف ما نص عليه محمد في المأذون، والصحيح ما ذكره محمد رحمه الله في المأذون أن إقراره بوطء الثيب صحيح يؤاخذ بالعقر في الحال، وهذا لأن العقر إنما يلزم بسبب شبهة الشراء، فكان من توابع الشراء، والشراء تجارة، فكان هذا من توابع التجارة، وما كان من توابع التجارة، فإقرار المأذون به صحيح، ويؤاخذ به في الحال، بخلاف ما إذا أقر بمهر المرأة تزوجها عليه؛ لأن ذلك ليس بتجارة، ولا هو من توابع التجارة، فلا يؤاخذ به في الحال.

١٤٦٠٩ - الدليل على صحة ما قلنا: إن أحد المتفاوضين[1] إذا اشترى جارية، واستحقت من يده، فأقر المشتري أنه كان وطئها وهي ثيب، يلزمه العُقر، وإنما يؤاخذ صاحبه فيما كان من التجارة، أو من توابع التجارة.

وبمثله لو تزوّج امرأة لا يؤاخذ صاحبه بالمهر، وفي الجامع الصغير المكاتب إذا وطء أمة على وجه الملك بغير إذن المولى، ثم استحقها رجل، فعليه العقر، ويؤاخذ به للحال، فقد جعله من توابع التجارة.

١٤٦١٠ - ولو أن رجلاً قدم رجلاً إلى القاضي، وادعى عليه ألف درهم، وأنكر

---

(١) وفي م: المتعاقدين.

المدعى عليه ذلك، فأراد المدعي استحلافه، فقال المدعى عليه للقاضي: إن هذا المدعي حلفني على هذه الدعوى عند قاضي بلد كذا، وأنكر المدعي ذلك، فأقام المدعى عليه بينة على ما ادعى قبل القاضي بينته؛ لأنه بهذه البينة يثبت إيفاء حق المدعي في اليمين، ولو أثبت إيفاء حقه في المال بالبينة أليس أنه يقبل[1] ذلك منه، كذلك ههنا، وإن لم يكن للمدعى عليه بينة على ذلك، وأراد أن يحلف المدعي، فله ذلك، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي"؛ لأن المدعى عليه يدعي إيفاء حق المدعي في اليمين، ولو ادعى إيفاء حقه في المال، وأنكر المدعي ذلك أليس أنه يحلف؟ كذا ههنا، وإذا حلفنا المدعي إن نكل، صار مقراً أنه حلف المدعى عليه مرة، فلا يحلفه ثانياً، وإن حلف ثبت أنه لم يحلفه مرة، فكان له أن يحلفه ثانياً.

حكى القاضي أبو الهيثم عن القاضي أبي حازم: أنه لا ينبغي للقاضي أن يحلف المدعي على ما ادعى عليه في هذه الصورة، ولكن ينبغي للقاضي أن يحلف المدعى عليه في الابتداء بالله ما لهذا المدعي عليك مال، لم يحلفك عليه، قالوا: وما قاله أبو حازم: أحسن مما قاله الخصاف؛ لأنا لو حلفنا المدعي بالله ما حلفت هذا المدعى عليه على دعوك، هذا لدى قاضي بلد كذا، كان للمدعى عليه أن يقول: إنه حلفني على هذا مرة أخرى عند قاضي بلد كذا، ويطلب يمين المدعى عليه على ذلك، ثم وثم إلى ما لا يتناهى، فكان ما قاله أبو حازم: أحسن من هذا الوجه.

قال: ولو كان المدعي حين ادعى عليه ألف درهم، قال المدعى عليه للقاضي: إن هذا المدعي قد كان ادعى علي هذه الدعوى عند قاضي بلد كذا، ثم خرج عن دعواه إذ برأني منها، فحلفه أنه لم يبرئني عن هذا، لا ينبغي للقاضي أن يحلف المدعي بالله ما أبرأت هذا المدعى عليه عن هذا الألف، ولا عن شيء منها، وهكذا ذكر الخصاف في "أدب القاضي".

١٤٦١٦ - وأشار إلى الفرق بين دعوى المدعى عليه أن المدعي قد أبرأه، وبين دعواه أن المدعي قد حلفه مرة، واختلف المشايخ رحمهم الله فيه، منهم من قال: لا فرق بينهما من حيث المعنى، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الوضع، موضع هذه المسألة أن

---

(١) وفي ظ: أنه لم يقبل.

الإبراء يصح بعد الدعوى من المدعى عليه ، فيترتب عليه الاستحلاف ، وبخلاف ما قال المدعى عليه : إنه حلفني مرة عند قاضي آخر ؛ لأن دعوى الاستحلاف دعوى إيفاء بدل الحق ، فصار كدعوى إيفاء أصل الحق ، ويترتب عليه الاستحلاف .

ومن المشايخ من قال : الصحيح أنه يحلف المدعي على دعوى البراءة ، كما يحلف على دعوى التحليف ، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني ، قال رحمه الله : وعليه أكثر قضاة زماننا ؛ لكون هذا استحلاف على وفاق الدعوى ، إنما كان له الاستحلاف على ذلك ؛ لأن المدعى به البراءة عن الدعوى والبراءة عن الدعوى صحيحة ، فيسقط به الخصومة ، ألا ترى أنه لو أقر بذلك يلزمه ، ويسقط به خصومته ، وألا ترى أنه لو أبرأه عن الدعوى بين يدي القاضي ، لا يسمع القاضي خصومته بعد ذلك ، فجاز أن يحلف عليه .

١٤٦٦٤ - وإذا ادعى رجل على رجل أنه قتل ابنًا له عمدًا ، أو عبدًا له ، أو ما أشبهه ، وأراد استحلافه على ذلك ذكر في "أدب القاضي" للخصاف : أنه يحلف على الحاصل . ولم يزد على هذا ، يجب أن يعلم بأن دعوى الجناية لا تخلو : إما أن يكون على العبيد ، أو على الأحرار ، وإما أن يكون دعوى الجناية على النفس ، أو فيما دون النفس ، وإما أن يكون دعوى الجناية عمدًا أو خطأ ، فإن كان دعوى الجناية على العبد ، فإن كانت الجناية في النفس ، وكانت عمدًا ، فالخصم هو واليمين عليه ؛ لأن موجب جناية العبد في النفس إذا كانت عمدًا القصاص ، والقصاص يلاقي العبد من حيث إنه آدمي ، لا من حيث إنه مال ، والعبد من حيث إنه آدمي حق نفسه ، لا حق المولى ، ولهذا لو أقر العبد على نفسه بالقصاص صح إقراره ، ولو أقر المولى عليه بالقصاص لا يصح إقراره ، فكان الخصم في ذلك العبد ، فيستحلف العبد .

وإن كانت الجناية في النفس ، فكانت خطأ ، فالخصم هو المولى ؛ لأن موجب هذه الجناية الدفع أو الفداء ، وكل منهما مختص(١) بالمولى ، لا تعلق للعبد به ، فكان الخصم فيه المولى ، فكان اليمين عليه ، ولكن يحلف على العلم ؛ لأنه يحلف على فعل الغير .

وإن كانت الجناية فيما دون النفس ، فالخصم في ذلك المولى عمدًا كانت أو خطأ ؛ لأن موجب جناية العبد في الأطراف على المولى ، عمدًا كانت أو خطأ ، وهو الخطاب

(١) هكذا في الأصل و م ، وكان في ظ : يختص .

بالدفع ، أو الفداء ، وكل ذلك يختص بالمولى لا تعلق للعبد به ، فكان الخصم فيه المولى فيحلف المولى ، ولكن يحلف على العلم ؛ لما ذكرنا .

١٤٦١٥ - وأما إذا كان دعوى الجناية على الحر ، فإن كانت الجناية على النفس ، وهي عمد ، بأن ادعى رجل على رجل ، أنه قتل ابنه عمداً ، فالخصم هو المدعى عليه ، ويحلف المدعى عليه على الحاصل ، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله ، ولم يزد على هذا .

وذكر في كتاب الاستحلاف : أنه يستحلف على السبب ، بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا : ما ذكر الخصاف جواب ظاهر الرواية ، وما ذكر في كتاب الاستحلاف رواية أبي يوسف رحمه الله ، ولكن هذا ليس بصواب ، فالمذكور في كتاب الاستحلاف ، وقال أصحابنا : اليمين في القصاص بالنفس بالله ما قتلت إياه الذي تدعي أنك قتلته ، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا : ما ذكر الخصاف رحمه الله قول الكل ، وما ذكر في الاستحلاف قول الكل أيضاً ، فصار في القتل روايتان ، فعلى ذكر الخصاف رحمه الله . لا يحتاج إلى فرق لظاهر الرواية بين القتل وبينما تقدم ، وعلى رواية كتاب الاستحلاف : يحتاج إلى الفرق .

والفرق أن قضية الدليل أن يكون التحليف على الحاصل في القتل أيضاً ؛ لأن في التحليف على السبب ضرر ، فالإنسان قد يقتل ولي غيره عمداً ، ولا يجب عليه القصاص بأن قتله لردته ، أو لدفع قتله ، أو ما أشبهه ، فلو حلفه على السبب ، لا يمكنه الحلف على انتفاء السبب مع وجوده ، ولا يمكنه أن يقربه ، فيدعي المانع من القصاص ؛ لأنه عسى لا يمكنه إثبات ذلك ، كما فيما تقدم ، ولكن تركنا الدليل في باب القتل بالنص ، فإن رسول الله ﷺ حلف اليهود على القتل بالله ما قتلتم ، ولا علمتم له قاتلاً ، ولا نص فيما تقدم ، فيعمل فيه بقضية الدليل ، وعلى قياس ما رُوي عن أبي يوسف رحمه الله فيما تقدم : أن التحليف على السبب لا يحتاج ، أبو يوسف رحمه الله إلى الفرق بين القتل وبينما تقدم في كتاب الاستحلاف ، وعلى رواية أدب القاضي يحتاج إلى الفرق .

والفرق له أن قضية القياس أن يكون التحليف على السبب في الفصول ليكون التحليف على موافقة الدعوى ، وما ذكر من احتمال الضرر يمكن دفعه بالتعريض ،

فأسقطنا اعتبار الاحتمال عند إمكان الدفع ليكون التحليف على موافقة الدعوى، لكن أسقطنا اعتبار الاحتمال في باب النفس تعظيماً لأمر الدم؛ لأن الإنسان قد يغفل عن التعريض، فإذا فات النفس لا يخلفه شيء آخر، ولا كذلك المال.

وفي كتاب الأقضية: أن على قول أبي يوسف رحمه الله: يحلف على السبب، وعن محمد رحمه الله روايتان، وكان الحاكم الإمام أبو محمد الكوفي رحمه الله يقول: الصحيح أن يقال: بأن على قول أبي حنيفة: يحلف على السبب؛ لأنه لا ضرر على المدعى عليه في ذلك؛ لأنه وإن قتله وسقط القصاص، أو لم يجب بسبب من الأسباب، وامتنع عن الحلف على نفي القتل لا يقضى عليه بشيء، لا بالقصاص ولا بالدية، وعلى قول محمد رحمه الله: يستحلف على الحاصل؛ لأن في التحليف على السبب ضرراً بالمدعى عليه، فإنه متى امتنع عن التحلف يقضى عليه بنكوله عند محمد رحمه الله، ولكن بالدية، هذا ليس بصحيح، فإنه عند أبي حنيفة رحمه الله إن كان لا يقضى عليه بنكوله، لا بالقصاص ولا بالدية، ولكن يحبس حتى يحلف أو يقر، وفيه ضرر.

١٤٦١٦ - ثم إذا حلف على الحاصل يحلف بالله ما لهذا عليك دم ولا له قبلك حق بسبب هذا الدم؛ لجواز أنه عفي عنه على مال، أو كان الدم بين وليين عفى الآخر، وانقلب الدم مالاً، فلو لم يذكر: ولا له قبلك حق بسبب هذا الدم يحلف ولا يحنث؛ لأنه لم يبق له عليه الدم.

ثم إذا حلف على هذا الوجه إن حلف برئ عن الخصومة، وإن نكل، فعند أبي حنيفة رحمه الله يحبس حتى يقر أو يحلف، وعندهما يقضى عليه بنكوله، ولكن بالدية، وإن كانت الجناية فيما دون النفس، وكانت عمداً يوجب القصاص، ففي رواية أدب القاضي: يحلف على الحاصل، وعلى رواية كتاب الاستحلاف يحلف على السبب، واختلف المشايخ فيه على نحو ما ذكرنا في النفس.

قال الحاكم الإمام أبو محمد الكوفي رحمه الله: والصحيح أنه يستحلف في هذه الصورة على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأنه متى استحلف على السبب، ونكل يقضى عليه بالقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله، وبالدية عند محمد

رحمه الله، وإن كان دعوى الجناية على النفس، وهي خطأ، أو على الطرف، وهي خطأ، نحو قطع اليد والموضحة وما أشبه ذلك مما يتحمله العاقلة، ذكر في "أدب القاضي" للخصاف رحمه الله، وفي "كتاب الأقضية" : أنه يستحلف على السبب عند أبي يوسف ومحمد.

وفي كتاب الاستحلاف: أنه يستحلف على السبب عند أصحابنا رحمهم الله، وهذا لأن في التحليف على الحاصل ضرراً للمدعي؛ لأن من العلماء رحمهم الله اختلافاً أن الدية تجب على القاتل ابتداء، والعاقلة يتحملون عنه، أو يجب على العاقلة ابتداء، فمتى حلفنا على الحاصل بأن يحلف بالله ما لهذا عليك هذا الحق الذي يدّعي عليه من الوجه الذي يدّعي يحلف، ويتأول قول من يقول بأن الدية على العاقلة ابتداء، فلا يحنث في يمينه، فلا يفيد الاستحلاف حتى قلنا: إذا كان موجب الجناية لا تتحملها العاقلة، بأن كان دون أرش الموضحة يحلف على الحاصل؛ لأنه لا يمكنه التأويل ههنا.

فإن قيل: يمكن التأويل[1] على الحاصل على وجه لا يتضرر به المدعي، بأن يحلف بالله ما لهذا عليك هذا الحق الذي يدعي، ولا شيء منه، وعلى هذا النوع لا يمكن التأويل؛ لأن من يقول بوجوب الدية على العاقلة يقول بأن القاتل من جملة العاقلة.

قلنا: هذا ليس بشيء؛ لأن من العلماء من يقول بأن القاتل ليس من جملة العاقلة، فيؤول قول هذا القائل، ومن العلماء من قال: يمكن دفع التأويل مع التحليف على الحاصل بأن يزاد في التحليف زيادة شيء آخر، فيحلف بالله ما لهذا عليك هذا الحق الذي يدعي من الوجه الذي يدعي، ولا شيء منه، ويسمي الأرش والدية، ولا قبل عاقلتك ولا شيء منه، وهذا حسن، وبه يندفع التأويل؛ وكان الحاكم الإمام أبو محمد الكوفي رحمه الله يقول: الصحيح أنه يحلفه على الحاصل بالله ما لهذا قبلك مال بالسبب الذي يدعي، وكأنه راعى جانب المدعى عليه. والصحيح ما قلنا: بالله ما لهذا؛ لأن في كل نوع ضرراً لأحد الجانبين، فلابد من رعاية أحد الجانبين، فنقول: رعاية جانب المدعى عليه أولى؛ لأنه ليس بجان.

١٤٦١٧ - ولو أن رجلاً ادعى على رجل، أنه اشترى داراً بجنب داري، وأنا

---

(١) وفي نسخة: التحليف مكان: التأويل

الإمكان، ولا يمكنه أن يطوف على الأبواب ليلاً للإشهاد، والطلب، فكان الإمكان إذا أصبح.

١٤٦١٩ - وفي كتاب الاستحلاف قال محمد رحمه الله: إذا كان لرجل دار إلى جنب دار رجل، فتصدق أحدهما على رجل بالحائط الذي يلي حائط جاره، وقبضه المتصدَّق عليه، ثم اشترى المتصدَّق عليه ما بقي من الدار من المتصدِّق، فليس للجار فيها شفعة؛ لأن صاحب الحائط فرّق جوارًا من الجار الذي وراء الحائط؛ فإن طلب الجار الذي وراء الحائط يمين البائع والمشتري، حلّفه بالله ما باع الحائط ضررًا ولا فرارًا من الشفعة على وجه التلجئة وإبطال الشفعة، حلّفه القاضي على ذلك، يريد بهذا - والله أعلم - أن الجار الذي وراء الحائط ادعى، وقال: إن صدقة الحائط كانت تلجئة، وقد بعت الكل، ويخاصم المشتري، سواء كانت الدار في يده أو لم يكن، أو البائع إن كانت الدار في يده، وطلب يمين البائع والمشتري، كان له ذلك؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف عليه، فإن حلف لم يثبت تلجئة الحائط، وانقطع خصومة الجار عن المتصدق عليه، والمشتري وإن نكل ثبت تلجئة الصدقة في الحائط، فكان للجار الشفعة.

١٤٦٢٠ - قال في كتاب الاستحلاف أيضًا: إذا وكّل الرجل رجلاً بطلب شفعته، فادعى المشتري على الوكيل أن موكله قد سلّم الشفعة، وطلب من القاضي أن يحلف الوكيل، فالقاضي لا يحلفه؛ لأن الوكيل لو حلف حلف بطريق النيابة عن الموكل؛ لأن الشفيع لا يدعي التسليم على الوكيل، إنما يدعيه على الموكل، والاستحلاف لا يجري فيه النيابة، وهذا لأن اليمين شرعت بدل حق المدعي بالنص، بخلاف القياس؛ لأنه لا مماثلة بين أصل حقه وبين اليمين، وما عُرف شرعًا بخلاف القياس يُراعى لصحته جميع ما ورد به الشرع، والشرع جعلها بدل حقه إذا كان المدعى عليه أصيلاً في الحلف، فبقيما إذا كان المدعى عليه نائبًا، بقي على أصل القياس.

ونظير هذه المسألة ما قالوا في الوكيل بقبض الدين إذا أراد أن يقبض الدين من الغريم، فقال الغريم: إن موكلك أبرأني عن هذا الدين، أو أدى دينه إليه، وأنكر الوكيل ذلك فطلب الغريم من القاضي أن يحلف الوكيل بالله ما تعلم ذلك من موكلك، فإنه لا يمين على الوكيل، ويقول القاضي للغريم: أدّ الدين إلى الوكيل وأنت على خصومتك

مع الموكل، والمعنى ما ذكرنا.

هذا إذا ادعى المشتري تسليم الموكل، وإن ادعى تسليم الوكيل، إن ادعى تسليمه في غير مجلس الحكم، لا يحلف الوكيل، وإن كان لو أقر به يلزمه: يحلف، والوجه للإصابة؛ لأن المشتري ادعى التسليم على الوكيل، إلا أنه ادعى عليه معنى لو أقر لا يلزمه، لأن تسليم الوكيل الشفعة في[1] غير المجلس لا تصح بالإجماع، وإذا أقر به فإنما أقر بما ليس بصحيح شرعًا، فلا يلزمه، وكل من ادعى على آخر معنى لو أقر به لا يلزمه، فإذا أنكر لا يستحلف عليه.

وإن ادّعى تسليمه في مجلس الحكم، وأنكر الوكيل، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف: يستحلف؛ لأن تسليمه في مجلس الحكم صحيح عندهما، فقد ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فيستحلف عند الإنكار، وعند محمد لا يستحلف؛ لأن تسليمه في غير مجلس الحكم غير صحيح أيضًا عند محمد، فإنما ادعى عليه معنى لو أقر به لا يلزمه، فلا يستحلف عند الإنكار.

والمخيرة بخيار البلوغ في حق اختيارها نفسها بمنزلة الشفيع في طلب الشفعة، فإنها كما بلغت بالحيض أو بالسن، ينبغي لها أن تختار نفسها، كما أن الشفيع إذا بلغه الخبر، ينبغي أن يطلب الشفعة، وأشهدت على اختيارها نفسها إذا كان عندها من يمكن إشهاده، وتقبل شهادته، وإن لم يكن عندها من يمكن إشهاده تخرج إلى الناس، واختيار ثابت، وأشهدت وإن لم تحضر في بيتها حتى خرجت إلى الناس بطل اختيارها، والإشهاد ليس بشرط لاختيارها نفسها، لكن شرط الإشهاد حتى يثبت اختيارها نفسها بالشهود، فيسقط اليمين عنها، والاستحلاف على اختيارها نفسها نظير استحلاف الشفيع على طلب الشفعة، فإن قالت للقاضي: قد اخترت نفسي حين بلغت، وطلبت الفرقة قبل قولها مع اليمين، وإن قالت: بلغت أمس وطلبت الفرقة لا يقبل قولها، ويحتاج إلى إقامة البينة، والجواب في الشفعة هكذا إذا قال الشفيع: طلبت حين علمت، فالقول قوله، ولو قال: علمت أمس وطلبت يكلف إقامة البينة، ولا يقبل قوله.

---

(١) وفي ط: من.

وذكر المسألتين على هذا الوجه في كتاب الاستحلاف، قيل: إنهما من خصائص كتاب الاستحلاف، وإنما جاء الفرق باعتبار أنهما إذا أضافا الطلب والاختيار إلى وقت ما مضى، فقد حكيا مالا يملكان استئنافه للحال، ومن حكى ما لا يملك استئنافه لا يصدق فيما حكى من غير بينة، وإذا لم يضيفا الاختيار والطلب إلى وقت ما مضى، بل أطلقا الكلام إطلاقاً، فقد حكيا ما يملكان استئنافه للحال؛ لأنا نجعل في الجارية كأنها بلغت الآن، واختارت نفسها الآن، والشفيع علم بالشراء الآن، وطلب الشفعة الآن، فلهذا جعل القول قولهما إذا أطلقا.

١٤٦٢١ - وإذا ادّعت المرأة على زوجها أنه آلى منها، ومضت أربعة أشهر، ولم يفئ إليها، وأنها بانت منه، وأنكر الزوج الإيلاء، فالقاضي لا يحلف الزوج على الحاصل بالله ما هي بائنة منك اليوم، وهذا لأن بين العلماء اختلافاً ظاهراً أن بمضي مدة الإيلاء هل تقع الفرقة؟ بعضهم قالوا: لا تقع، ويقال للزوج: إما أن تفيء إليها، أو يفرق القاضي بينكما، فلو حلفناه على الحاصل يأوّل قول هذا القائل، ويكون صادقاً في يمينه، فلا يلزمه حكم الحنث، وتتضرر به المرأة، فيحلف على السبب بالله ما قلت لها: والله لا أقربك أربعة أشهر على ما ادعت دفعاً للضرر عن المرأة، أكثر ما في الباب أن في التحليف على السبب ضرراً للزوج، فإنه قد يفيء إليها، وألا تقع الفرقة بمضي المدة، و أنكرت هي الفيء في المدة، فالقول قولها مع اليمين؛ لأنها تنكر ثبوت ملك الزوج عليها بعد وجود سبب البينونة، ويحلف على الحاصل عند محمد رحمه الله، فيحلف بالله ليست بامرأة له اليوم بالسبب الذي يدعي، ولا يحلف بالله، لم يفئ إليك قبل مضي الأربعة الأشهر، وهذا لأنه يجوز أنه آلى منها، ولم يفئ إليها حتى مضت أربعة أشهر، وبانت منه، ثم تزوجها، ثم آلى منها، وفاء إليها في المدة، فمتى استحلف بالله لم يفئ إليك قبل مضي أربعة أشهر، يحلف ويتأوّل عدم الفيء في النكاح الأول، فيبطل حق الزوج، فتستحلف على الحاصل لهذا.

وفي كتاب الاستحلاف قال بشر: سمعت أبا يوسف رحمه الله قال: تستحلف بالله أنه لم يفئ إليك قبل مضي أربعة أشهر.

قال بشر: والأحوط على قوله: أن يزاد في اليمين، فيحلف بالله لم يفئ إليك في

لفسخ السبب هنا لا يتصور، والصحيح ما ذكر الخصاف، وصاحب الأقضية رحمهما الله؛ لأن ارتفاع السبب إن كان لا يتصور، فبطلان الحكم بالإبراء، وما أشبهه متصور.

وإن كان الخرق فاحشاً، فالقاضي يحلفه على السبب؛ لأن عندنا متى هذا الخرق يوجب الخيار للمالك إن شاء ترك الثوب على الجاني، وضمنه جميع القيمة، وإن شاء أخذ الثوب، وضمّن النقصان.

وعند الشافعي رحمه الله: يوجب النقصان لا محالة، فمتى حلفناه على الحاصل يتأول قول الشافعي رحمه الله عسى فيتضرر المدعي، فيحلف على الحاصل نظراً للمدعي، وإن كان الثوب غائباً، فالقاضي لا يسمع دعوى المدعي إلا بعد بيان قدر النقصان حتى يصير المدعى معلوماً؛ لأن الدعوى لا تصح إذا لم يكن المدعى معلوماً.

١٤٦٢٥ - ولو أن رجلاً ادعى على رجل أنه وضع على حائطه خشبة، أو نصب على سطحه ميزاباً في داره، أو بنى على حائط له بناءً، أو أخرج من داره تراباً، ورمى به في أرضه، أو ألقى في أرضه دابة ميتة، أو ما أشبه ذلك مما يكون فساداً في أرض، ويجب على صاحب الأرض نقله، وأراد أن يحلفه حلفه على السبب، إذ ليس في التحليف على السبب ضرر للمدعى عليه، وفيه موافقة دعوى المدعي، فيحلف عليه.

بيانه: إن ما بعد ثبت للمدعي حق مطالبة المدعى عليه برفع هذه الأشياء لا يتصور سقوطه بسبب من الأسباب، فإنه لو أذن له في الابتداء بذلك كان ذلك منه إعارة للحائط والأرض، ومتى أعاره كان له أن يطالب بالرفع؛ لأن الإعارة للحائط والأرض ليست بلازمة، وإن باع منه ذلك لا يجوز؛ لأن هذا بيع الحق، وبيع الحق لا يجوز.

وكذلك لو أجر لا يجوز؛ لأن إجارة رأس الحائط لوضع الخشبة عليه، وإجارة الأرض لإلقاء الميتة أو التراب فيه لا يجوز عُرف ذلك في كتاب الإجارات، وكذلك لو صالح عليه لا يجوز؛ لأن الصلح على مال ليضع الخشبة على رأس الحائط، وما أشبه ذلك بمنزلة الإجارة، والإجارة لا تجوز. فكذا الصلح دل أنه ليس في التحليف على السبب ضرر للمدعى عليه، فيحلف على السبب جرياً على موجب الدعوى.

ولو كان صاحب الخشبة هو المدعي، وقدم صاحب الحائط إلى القاضي، وقال:

١٤٦٢٨ - وذكر في كتاب الدعوى : إذا ادعى مسيل ماء في دار رجل ، أو ادعى طريقاً في دار رجل ، وشهد الشهود أن له مسيل ماء في هذه الدار ، وأن له طريقاً في هذه الدار ، وقع في بعض النسخ تقبل البينة ، وإن لم يبيّنوا ، ووقع في بعض النسخ لا تقبل البيّنة ما لم يبيّنوا .

قال شمس الأئمة الحلواني : تأويل ما وقع في بعض النسخ أنه يقبل البيّنة إذا شهدوا على إقرار صاحب الدار ؛ لأن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار ، وتأويل ما وقع في بعض النسخ أنه لا تقبل البينة إذا شهدوا على نفس الطريق وعلى نفس المسيل ، لا على إقرار المدعى عليه .

١٤٦٢٩ - قال : ولو ادعى على رجل أنه شق في أرضه نهراً ، وساق الماء فيه إلى أرضه ، أمره أن يصحح دعواه ، وذلك بأن يبيّن الأرض التي شق فيها النهر ، ويبيّن موضع النهر من هذه الأرض أنه من جانب الأيمن أو من جانب الأيسر ، ويبيّن قدر طول النهر وعرضه وعمقه ، فإذا بيّن ذلك ، وصحّح دعواه إن أقر المدعى عليه بذلك لزم ، وإن أنكر دعواه ، وجحد المدعى عليه دعواه ، حلّفه القاضي على السبب بالله ما أحدثت في أرض هذا الرجل هذا النهر الذي وصف ، ولا يحلف على الحاصل ؛ لأنه ليس في التحليف على السبب ضرر للمدعى عليه ؛ لأنه إذا ثبت لا يسقط حق صاحب الأرض ، ومطالبة حافر النهر بسبب من الأسباب من الإذن في الابتداء ، والبيع والإجارة وغير ذلك ، فإنه لو أذن له في الابتداء كان إعارة ، فكان له أن يطالبه بذلك متى بدا له ذلك ، ولا يجوز بيع ذلك ؛ لأنه بيع الحق ، وبيع الحق لا يجوز ، ولا تجوز الإجارة ، ولا ضرر للمدعى عليه في التحليف على السبب ، فيحلف على السبب ليكون التحليف على وفق الدعوى .

١٤٦٣٠ - ولو ادعى على رجل أنه حفر حفيرة في أرضه ، وأنه أضر ذلك بأرضه ، وأراد استحلافه على ذلك ، فيقول : لا بد من معرفة حكم هذه المسألة أولاً ، فعند علمائنا رحمهم الله يلزم الحافر النقصان ، وإذا آل الأمر إلى التحليف ، فيحلفه على الحاصل بالله ما له عليك هذا الحق الذي تدعي من الوجه الذي تدعي ، ولا يحلفه على السبب بالله ما فعلت كذا ، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله ؛ لأن في التحليف على السبب ضرراً للمدعى عليه ؛ لجواز أنه فعل ذلك ، إلا أن صاحب الأرض أبرأه عن النقصان ، أو الفاعل أرضاه

ضمان النقصان مرة، ولا ضرر للمدعي في التحليف على الحاصل .

١٤٦٣١ - قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : من العلماء من قال، من حفر حفيرة في أرض غيره، لا يضمن النقصان، ولكن يؤمر بكبس الحفيرة، فلو حلفته على الحاصل ربما يتأول قول هذا القائل، فيحلف ويكون صادقًا، فيتضرر المدعي، فينبغي أن يحلف على السبب، كيلا يتأول قول هذا القائل، ثم قوله في الكتاب : أضر ذلك بأرضه، إشارة إلى أنه لو لم يضر ذلك بأرضه أنه لا شيء عليه

١٤٦٣٢ - فاعلم بأن من رفع التراب من أرض إنسان، وكان ذلك في موضع للتراب فيه قيمة، فضمن قيمة التراب، سواء تمكن النقصان في الأرض، أو لم يتمكن؛ لأن الأرض بجميع أجزائها مملوكة، ومن أخذ ملك غيره يضمن قيمته

١٤٦٣٣ - وقد رُوي عن محمد رحمه الله : أنه إذا دخل الماء في أرض رجل، واجتمع الطين في أرضه بذلك، لا يكون لأحد أن يأخذ ذلك الطين، ويرفعه عن أرضه؛ لأنه صار مملوكًا تبعًا لأرضه، فهذا يدلك على أن الأرض مملوكة له بجميع أجزائها، وهذا بخلاف ما لو دخل صيد في ملكه، كان لكل أحد أن يأخذه؛ لأنه لم يصر مملوكًا لصاحب الأرض تبعًا لأرضه، وكذلك الماء إذا دخل في أرض لرجل، ودخل معه السمك، كان لكل أحد أن يأخذ السمك؛ لأنه لم يصر ملكًا له تبعًا لأرضه؛ بخلاف الطين على ما بينا .

هذا إذا أخذ التُّراب من أرض الغير، وله قيمة في ذلك الموضع، فإذا لم يكن له قيمة في ذلك الموضع، ينظر أن تمكن النقصان في الأرض بذلك الصنع ضمن النقصان، وما لا فلا، إذا عرفت حكم المسألة، فنقول : إذا كان للتراب قيمة في ذلك الموضع، يحلف المدعى عليه تمكن النقصان في الأرض بذلك الصنع، أو لم يتمكن، وإن لم يكن للتراب قيمة في ذلك الموضع، إن تمكن النقصان في الأرض بذلك الصنع، يحلف المدعى عليه، وما لا فلا .

١٤٦٣٤ - ومن هذا الجنس : إذا ادّعى رجل على رجل، أنه نقض حائطًا له، وأراد استحلافه، فنقول : من هدم جدار غيره، لا يجبر على بنائه؛ لأن الجدار ليس من ذوات الأمثال، ويكون لصاحب الحائط الخيار إن شاء ضمّنه قيمة الحائط، والنقض

كالقائم، وإن شاء أخذ النقض، وضمنه النقصان؛ لأن الحائط قائم من وجه هالك من وجه، فيميل إلى أي الوجهين، فإن أراد أن يحلفه حلفه على الحاصل، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله.

قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: ينبغي للقاضي أن يحلفه على السبب، ولا يحلفه على الحاصل هو الصحيح؛ لأن مذهب بعض العلماء أن الحائط إذا كان جديداً يجب عليه الإعادة، وإذا كان خلقاً عتيقاً لا يجب عليه الإعادة؛ لأنه لو أعاده كان أفضل من الأول، وضمان العدوان مقيد بالمثل، وإن كان الحائط جديداً ينبغي أن يحلف على السبب، فلو حلفه على الحاصل ربما يتأول قول هذا القائل، فيحلف، ويكون صادقاً في حلفه، فيتضرر المدعي، فيحلف على السبب كيلا يتأول قول هذا القائل.

١٤٦٣٥ - قال: ولو ادعى رجل على رجل ألف درهم، وللمدعى عليه عند المدعي رهن بالمال، فخاف المدعى عليه أنه أقر بالمال، جحد المدعي الرهن، ينبغي للمدعى عليه أن يطلب من القاضي حتى يسأل المدعي، هل عنده بهذا المال الذي يدعيه رهن؟ فإن قال: نعم، فقد حصل مقصود المدعى عليه، وإن قال: لا رهن له، وأراد استحلاف المدعى عليه، فالقاضي لا يحلفه بالله ماله عليك هذا المال الذي تدعي؛ لأنه لا يمكنه أن يحلف على هذا الوجه؛ لأن المال واجب عليه، فلو حلف يكون كاذباً، ولو أقر بالمال، والمدعي الرهن، ربما لا يمكن إثبات الرهن، فيتضرر به، ولكن يحلفه بالله ما لفلان عليك ألف درهم، لا رهن بها، كذا ذكر الخصاف في "أدب القاضي"، وهذا لأن المال الذي له رهن ليس عليه، فإذا حلف على هذا الوجه يمكنه الحلف، ولا ضرر للمدعي في ذلك، فيحلف على هذا الوجه لهذا.

وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله يقول: يحلفه بالله ليس عليك أداء هذا المال، وتسليمه إلى المدعي هذا، ولا ضرر للمدعي في ذلك؛ لأنه يمكنه أن يحلف كذلك؛ لأنه إنما يجب على الراهن أداء الدين إذا أحضر المرتهن الرهن، فأما قبل إحضاره، فلا يجب عليه تسليم الدين، فإذا لم يكن الرهن حاضراً، يمكن للمدعى عليه أن يحلف بالله ليس عليه أداء هذا المال، وتسليمه إلى هذا المدعي، فيحلف على هذا

الوجه، ولا حاجة إلى ما وراءه[1]، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: لا حاجة[2] إلى هذه التكلفات؛ لأن جحود الرهن إهلاك الرهن، وبهلاك الرهن يصير المرتهن مستوفياً دينه، وبعد الاستيفاء لا يبقى له عليه شيء، فيمكن أن يحلف، لا شيء لهذا المدعي عليه، فيحلفه القاضي بالله ماله عليك هذا المال الذي تدعي.

١٤٦٣٦- قال في كتاب الاستحلاف: رجل وهب ثوباً من رجل، أو عبداً، أو أقر أن الموهوب له قبضه في مجلسه، أو بعده بأمره، ثم قال الواهب بعد ذلك: إن الموهوب له ما قبضه، وكنت أقررت بقبضه كاذباً، وسأل القاضي أن يحلف الموهوب له بالله لقد قبضه عن الواهب بحكم هذه الهبة التي تدعي، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد القاضي: لا يحلفه؛ لأن التحليف يترتب على دعوى صحيحة، والدعوى لم تصح هناك لمكان التناقض، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: يحلفه بالله لقد قبضه بحكم الهبة التي تدعي.

١٤٦٣٧- وعلى هذا الخلاف: إذا اشترى شيئاً، وأقر المشتري بقبض المشترى، ثم ادعى أنه لم يقبضه، وطلب من القاضي أن يحلف البائع بالله، لقد سلمته إلى المشتري بحكم هذا الشراء الذي تدعيه، وعلى هذا الخلاف إذا أقر البائع بقبض الثمن، ثم ادعى أنه لم يقبض، وأراد تحليف المشتري[3].

١٤٦٣٨- وعلى هذا الخلاف إذا أقر البائع بالبيع، ثم أنكر البيع، وقال: أقررت بالبيع كاذباً، وأراد تحليف المشتري، وعلى هذا الخلاف رب الدين إذا أقر بقبض الدين من المديون، وأشهد عليه، ثم أنكر القبض، فأراد تحليف المديون، وعلى هذا الخلاف إذا أقر رجل على نفسه بالدين لرجل، ثم أنكر الدين، وقال: لا شيء له علي، وإنما أقررت بذلك كاذباً، وطلب يمين المقر له.

أبو يوسف رحمه الله يقول: المعروف المعتاد فيما بين الناس أن البائع يقر بقبض الثمن، والمشتري بقبض المشترى للإشهاد، وإن لم يكن قبض حقيقة، وكذلك المعتاد

(١) وفي م: إلى ما رواه.

(٢) وكان في الأصل: لا حكم.

(٣) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل: وأراد أن يحلف المشتري.

فيه أيدي الناس أن من استقرض من غيره شيئًا، فالمقرض أولاً يأمره بكتابة الصك، والإشهاد عليه قبل دفع المال، فلو اعتبرنا التناقض في هذه الصورة مانعًا صحة الدعوى والاستحلاف، لبطل حقوق الناس.

١٤٦٣٩ - وإن أشهد البائع على البيع، وقبض الثمن، ثم ادعى أن البيع كان تلجئة، وطلب تحليف المشتري، ذكر في كتاب الاستحلاف: أنه يحلف عندهم جميعًا؛ لأن البائع لم يصر متناقضًا في الدعوى؛ لأنه لم يوجد منه إلا الإقرار بالبيع مطلقًا، والبيع قد يكون تلجئة، وقد يكون جدًا، وإذا لم يصر متناقضًا صح الدعوى منه، فيترتب عليه التحليف.

ثم كيفية التحليف بالله ما شرطت أن يكون البيع الذي بينكما تلجئة، وفي "كتاب الأقضية": أن في هذه المسألة روايتين عن أبي حنيفة رحمه الله، في رواية قال: إذا تواضعا في السر أن يظهرا البيع تلجئة، ثم تعاقدا في العلانية مطلقًا، ولم يذكرا شيئًا وقت العقد، فهذا البيع تلجئة، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فعلى هذا يستحلف المشتري؛ لأن البائع يدّعي ما يوجب حق الفسخ له، والمشتري ينكر، وفي رواية أخرى قال: إذا تواضعا في السر أن يظهرا البيع تلجئة، ثم تعاقدا في العلانية، ولم يذكرا شيئًا وقت العقد، فالعقد صحيح، فعلى هذا لا يستحلف المشتري؛ لأن أكثر ما فيه أنه ينكل، فيصير مقرًا بما ادعاه البائع، إلا أنه لو كان الأمر كما ادعاه البائع، فالعقد صحيح، فلا معنى للاستحلاف.

١٤٦٤٠ - قال أبو يوسف في كتاب الاستحلاف: أربعة أشياء يستحلف القاضي الخصم فيها قبل أن يسأل المدعي ذلك، أحدها: الشفعة، فإن الشفيع إذا طلب من القاضي أن يقضي له بالشفعة، يحلفه بالله لقد طلبت الشفعة حين علمت بالشراء، وإن لم يكن يطلب المشتري ذلك؛ وهذا قول أبي يوسف رحمه الله، وهو قول ابن أبي ليلى، وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا يستحلف القاضي ما لم يدّع المشتري ذلك.

الثاني: البكر إذا بلغت فاختارت الفرقة، وطلبت من القاضي أن يفرق بينهما، يستحلفها القاضي بالله لقد اخترت الفرقة حين بلغت، وإن لم يدع الزوج ذلك.

الثالث: إذا أراد المشتري أن يرد المشترى بالعيب، فالقاضي يحلفه بالله أنك لم

ونوع آخر هو خالص حق العباد، نحو القصاص في النفس والطرف، وقد مرّ الكلام فيه قبل هذا، ونوع آخر هو بين حق الله تعالى وحق العبد، وهو حد القذف، وفي هذا النوع لا يجري الاستحلاف عندنا، حتى إذا ادّعى على آخر أنه قذفه، وأنكر المدعى عليه ذلك، لا يستحلف عندنا؛ لأن الغالب في حد القذف عندنا حق الله تعالى، فالتحق بالحدود الخالصة حقًا لله تعالى.

١٤٦٤٦- ولو أن رجلاً ادعى على رجل أنه قال: يا منافق! يا زنديق! يا كافر! أو ادعى أنه ضربه، أو لطمه، أو ما أشبه ذلك من الأمور التي توجب التعزير، وأراد تحليفه، فالقاضي يحلفه؛ لأن التعزير محض حق العبد، ولهذا ملك العبد إسقاطه بالعفو، والصغر لا يمنع وجوبه عليه إذا تمكّن صاحب الحق من إقامته، ولو كان حق الله تعالى لكانت هذه الأحكام على عكس هذا، والاستحلاف يجري في حقوق العباد، سواء كان عقوبة أو مالاً، فإن حلف لا شيء عليه، وإن نكل، يقضى عليه بالتعزير؛ لأن التعزير يثبت مع الشبهات، فجاز أن يقضى بالنكول، ويكون التحليف فيه على الحاصل؛ لأن في التحليف على السبب ضررًا للمدعى عليه؛ لجواز أن المدعى عليه فعل ذلك الفعل إلا أن المدعي أبرأه، وعفا عنه، وهذا مما يسقط بالعفو، فلو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه، فيحلف على الحاصل لهذا، وأدنى التعزير مفوّض إلى رأي القاضي، يقيمه بقدر ما يرى حصول الانزجار به.

١٤٦٤٧- وفي «السير الكبير»: إذا أمر الأمير أهل العسكر بشيء، فعصاه في ذلك واحد من أهل العسكر، فالأمير لا يؤدبه في أول الوهلة(١)، ولكن ينصحه حتى لا يعود إلى مثل ذلك، وإن عصاه بعد ذلك أدّبه؛ لأنه ارتكب ما لا يحل شرعًا، ومن ارتكب ما لا يحل شرعًا، يؤدَّب عليه زجرًا له، فإن بيّن في ذلك عذرًا، فالإمام يخلّي سبيله؛ لأن ارتكاب ما لا يحل شرعًا إذا كان بعذر، لا يوجب التعزير عليه، ولا يعرف ذلك إلا بقوله، وللتعزير مدخل في القضاء، فلا يصدّق من غير يمين.

١٤٦٤٨- وإذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه ثوبًا، وأقر الغاصب بذلك، ثم اختلفا في قيمته، قال المغصوب منه: كانت قيمة ثوبي مائة، وقال الغاصب: ما أدري

---

(١) وكان في الأصل: وهلة، وفي ط: الدهلة.

ما كانت قيمته، ولكن علمت أن قيمته لم تكن مائة، فالقول قول الغاصب مع يمينه، ويؤمر الغاصب بالبيان؛ لأنه أقر بقيمة مجهولة، وإن لم يبيّن يحلف الغاصب على ما ادّعاه المغصوب منه من الزيادة، فإن حلف وتم يثبت ما ادعاه المغصوب منه. ذكر في كتاب الاستحلاف: أن المغصوب منه يحلف أن قيمة الثوب مائة، ويأخذ من الغاصب مائة، وكان الحاكم الإمام أبو محمد الكوفي رحمه الله يقول: ما ذكر من تحليف المغصوب منه، وأخذ المائة من الغاصب بيمينه، لا يكاد يصح؛ لأن المغصوب منه يدعي، واليمين عندنا لم يشرع حجة للمدعي، وكان يقول: الصحيح من الجواب أنه يقول: القاضي يوقف الغاصب، ويذكر له كل ما يصلح قيمة الثوب، فيقول أولاً: أ كانت قيمته مائة؟ فإن قال: لا، يقول: أكان خمسين؟ فإن قال: لا، يقول: أكانت خمسة وعشرون، هكذا إلى أن ينتهي إلى أقل ما لا يجوز أن ينقص قيمة الثوب منه في العُرف والعادة، وإذا انتهى إلى ذلك، ألزمه ذلك، ويجعل القول قوله في الزيادة مع يمينه، ويجعل الجواب فيه كالجواب فيمن أقر بحق مجهول في عين في يديه لغيره؛ فالقاضي يأمره ببيان مقداره، وإذا لم يبين، فالقاضي يسمّي السهام إلى أن ينتهي إلى أقصى السهام الذي لا يقصدونه بالتملك في العُرف والعادة، فيلزمه ذلك، ويجعل القول في الزيادة قوله: مع يمينه.

ومن المشايخ رحمهم الله: من اشتغل بتصحيح ما ذكر في الكتاب، وقال: الإقرار من الغاصب بقيمة مجهولة قد صحّ، ووجب على القاضي إيصال المقر له إلى حقه، وقد عجز القاضي عن إيصال المائة إليه، كما يدعيه المغصوب منه؛ لأن الغاصب قد حلف على ذلك، ولا وجه إلى أن يوقفه، ويسمي له قيمة كل ما يصلح أن يكون قيمة الثوب؛ لأن الغاصب في إقراره ذكر الثوب مطلقاً، ولم يبيّن الجنس، ولا النوع، والثياب أجناس مختلفة، فلا يدري القاضي أقل ما يكون قيمة الثوب؛ لأنه لا يدري أن الثوب المقر له من أي نوع؟ بخلاف ما لو أقر بحق مجهول في عين في يده؛ لأن أقل المقدار الذي يقصد بالتملك عرفاً وعادة يكون معلوماً، فأمكن إلزام ذلك على المقر له، أما ههنا بخلافه، فلم يبق للقاضي طريق يوصل المقر له، وهو المغصوب منه إلى حقه سوى يمينه، حتى لو كان النوع مسمّى في الإقرار، وفي الدعوى، يقول: بأن القاضي يوقفه، ويسمي له ما يصلح قيمة الثوب، كما قال الحاكم الإمام رحمه الله، وما يقول بأن

ثم إذا حلف أو نكل انتهى الكلام، وإن نكل يثبت البيع، وكان للمشتري الخيار إن شاء صبر إلى وقت الفكاك في الرهن، وفي الإجارة إلى مُضي وقت الإجارة، وإن شاء فسخ؛ لأنه لم يرض بتأخير حقه.

هذا الذي ذكرنا إذا أقر المرتهن أو المستأجر أولاً، وإن أقر لمدعي الشراء أولاً، لا يحلف لمدعي الإجارة والرهن بعد ذلك؛ لأن بعد ما أقر بالبيع لو أقر بالإجارة أو بالرهن لا يصح؛ لأن بعد البيع لا يملك الإجارة والرهن، فلا يفيد استحلافه.

ولو ادّعى كل واحد منهما الإجارة، وأقر به لأحدهما، لا يحلف للآخر؛ لأنه بعد ما أقر بالإجارة لأحدهما لو أقر بها للآخر لا يصح؛ لأن إجارة المستأجر غير صحيح؛ فلا يفيد الاستحلاف، فلا يحلف.

١٤٦٥٤ - ولو أن رجلاً قدم رجلاً إلى القاضي، وقال: هذا اشترى الدار التي في موضع كذا حدّها الأول والثاني والثالث والرابع كذا بألف درهم، وأنا شفيعها بدار لي تلاصقها، فقال القاضي للمدعى عليه: ما تقول فيما ادّعى؟ فقال المدعى عليه: هذه الدار التي في يدي لابني هذا الطفل، صح إقراره لابنه؛ لأن الدار في يده، واليد دليل الملك، فكانت الدار مملوكة له، فكان هذا إقراراً على نفسه، فيصح.

فإن قال الشفيع للقاضي: حلّفه بالله ما أنا شفيعها، فالقاضي لا يحلفه؛ لأن إقرار الأب بالشفعة على ابنه الصغير لا يصح، فلا يفيد الاستحلاف، وهذا من جملة الحيل والمخارج في دفع الخصومة، وسيأتي من جنس هذا إن شاء الله تعالى.

وإن أراد الشفيع أن يقيم على الأب البينة على الشراء، كان الأب خصماً له، وسمع البينة عليه؛ لأن الأب قائم مقام الابن شرعاً، ولو كان الابن كبيراً، كان خصماً للمدعي، حتى يسمع بينته عليه، ويقضي للشفيع عليه، هذا إذا كان الأب قائماً مقامه شرعاً.

١٤٦٥٥ - ولو أن رجلاً ادّعى على رجل أن فلاناً مات، وأوصى إلى هذا الرجل، وقال المدعى عليه: لم يوص إليّ، فإنه لا يستحلف، وكذلك لو ادعى رجل على غيره أن فلاناً وكّل هذا، وقال المدعى عليه: لم يوكلني، لا يستحلف المدعى عليه؛ لأنه لو أقر به لا يصح؛ لأنه إقرار على الغير، ولا يفيد الاستحلاف، وإن أقام المدعي بينة

على أنه وصي فلان، أو على أنه وكيل فلان، قبلت بينته، فقد جعله خصماً في حق سماع البينة، ولم يجعله خصماً في حق الاستحلاف.

١٤٦٥٦ - وكذلك لو أن وصي الميت قدم رجلاً إلى القاضي، وقال: إن فلاناً الميت أوصى إليّ وإلى هذا الرجل، وقال الرجل يجحد، فالقاضي لا يحلفه، وكذلك على هذا الوكالة لو أن رجلاً قدّم رجلاً إلى القاضي، وقال: إن فلاناً وكّلني، وهذا الرجل بقبض ديونه، وأنكر ذلك الرجل، فالقاضي لا يحلفه، وإن كان المدعي للوصاية أقام بينة أن فلاناً أوصى إليّ وإلى هذا الرجل، فالقاضي يقبل بينته، فقد جعله خصماً في حق سماع البينة، ولم يجعله خصماً في حق الاستحلاف، ومثل هذا جائز، ألا ترى أن الأب فيما يدّعي على ابنه الصغير خصم في حق سماع البينة، حتى يسمع البينة عليه، ولا يكون خصماً في حق اليمين، كذا هنا.

١٤٦٥٧ - ولو أن رجلاً حلف بعتق عبده أن لا يزني أبداً، فقدّمه العبدُ إلى القاضي، وقال: إن هذا حلف بعتقي أن لا يزني، وقد أتى بالذي حلف عليه، وحنث، وعتقتُ، فالقاضي يحلف المولى بالله ما زنيت بعدما حلفت بعتق عبدك أن لا تزني أبداً، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي"، وذكر الخصاف رحمه الله في شرح هذا الكتاب أن المولى لا يستحلف بالله ما زنيت على ما يدعيه العبد.

١٤٦٥٨ - قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: الرواية محفوظة في الكتب أن القاذف إذا ادعى على المقذوف أنه صدّقه أنه قد زنى، وأقام البينة على ذلك، يقبل بينة[1]، ويسقط عنه الحدّ، وإن لم يكن له بينة، وأراد استحلاف المقذوف بالله ما صدّقه في ذلك القذف ليسقط الحد عن نفسه، فإنه لا يستحلف المقذوف على ذلك، ولا فرق بين المسألتين، فإن مقصود القاذف من هذه الدعوى إسقاط الحد عن نفسه، لا إيجاب الحد على المقذوف، كما أن مقصود العبد ههنا إثبات الحرية[2] لنفسه، لا إيجاب الحد عليه، فلا فرق بينهما، فيصير الرواية في القذف أن المقذوف لا يستحلف رواية في مسألة العبد أن المولى لا يستحلف، وتصير الرواية في مسألة العبد أن المولى

(١) وفي الأصل: بينته.

(٢) هكذا في م، وكان في ظ: الحرية، ولا معنى له ههنا كما هو ظاهر.

يستحلف رواية في مسألة القذف أنه يستحلف، فيصير في كل مسألة روايتان.

وجه الرواية التي قال: يستحلف أن مقصود العبد إثبات الحرية لنفسه، لا إيجاب الحد على المولى، ومقصود القاذف إسقاط الحد عن نفسه لا إيجاب الحد على المقذوف، وإثبات الحرية، وإسقاط الحد ممكن مع الشبهة. ألا ترى أن القاذف إذا أقام رجلاً وامرأتين على تصديق المقذوف أو العبد إذا أقام رجلاً وامرأتين على العتق، يقبل، وكل حكم يثبت مع الشبهات، يجري فيه الاستحلاف.

وجه الرواية التي قال: لا يستحلف أنه لا عبرة لمقصود العبد والقاذف، وإنما العبرة لأصل ما يتعلق به من الحكم، وأصل ما تعلق بالزنا من الحكم الحد، وأنه مما لا يجري فيه الاستحلاف.

ثم لم يذكر في الكتاب نصاً أن العبد هل يصير قاذفاً للمولى بما ذكر؟ ولكن أشار إلى أنه لا يصير قاذفاً؛ لأنه قال: وقد أتى بالذي حلف عليه، ولم يقل: وقد زنى، ولو صار قاذفاً بهذا القول لما ترك(١) قوله: وقد زنى، ولما تحول إلى قوله: وقد أتى بالذي حلف عليه، وقد نص في كتاب الحدود أن من قذف غيره بالزنا، فقال آخر: هو كما قلت، يصير قاذفاً؛ لأنه تقدم ذكر الزنا، فينصرف قوله: هو كما قلت: إلى الزنا، فصار كأنه قذفه صريحاً بالزنا، فقياس هذه المسألة على تلك المسألة أن يصير قاذفاً؛ لأنه تقدم ذكر الزنا؛ لأن موضوع المسألة أن العبد قال في دعواه: إن هذا حلف بعتقي أن لا يزني، وقد أتى بالذي حلف عليه، فينصرف قوله: وقد أتى بالذي حلف إلى الزنا، وصار كأنه قال: وقد زنى فينبغي أن يصير قاذفاً.

ثم ذكر كيفية التحليف على المولى، فقال: يحلف بالله ما زنيت بعد ما حلفت بعتق عبدك أن لا تزني أبداً، فقد حلفه على السبب، أما على ما روي عن أبي يوسف رحمه الله: فظاهر، وأما على ظاهر الرواية؛ فلأن العتق في العبد المسلم لا يحتمل النقض بعد ثبوته، فلا يكون في التحليف على السبب ضرر المدعى عليه، وهو المولى، وقد ذكرنا أن في مثل هذا التحليف على الحاصل، ثم إذا حلف المولى إن حلف لا شيء

(١) هكذا في ط [illegible]، وكتب في الأصل: لم موضع: لما.

(٢) هكذا في [illegible]، وكان في الأصل: زنى.

عليه ، وإن نكل لزمه العتق ، ولا يلزمه الحد ، وإن أقر بذلك ؛ لأنه وإنما أقر به مرة .

١٤٦٥٩ - قال : ولو أن رجلا اشترى من رجل جراب هروي بمائة درهم ، فقبضه المشتري ، فوجد فيه أحد عشر ثوبا ، فقال البائع : بعت منك هذا الجراب على أن فيه عشرة أثواب بمائة درهم ، وقال المشتري : لا ، بل اشتريته على أن فيه أحد عشر ثوبا بمائة درهم ، وأراد كل واحد منهما تحليف صاحبه ، فالقاضي يحلف البائع بالله ما بعته هذا الجراب على أن فيه أحد عشر ثوبا ؛ لأن المشتري يدعي العقد في الثوب الحادي عشر ، والبائع يُنكر ، ولو أنكر العقد في جميع الأثواب كان القول قوله مع اليمين ، فكذا إذا أنكر العقد في الثوب الحادي عشر ، فإذا حلف إن نكل لزمه ، وإن حلف رد المشتري الجراب على البائع ؛ لأنه لما حلف فسد البيع في الجراب ؛ لأنه انتفى البيع عن الثوب الحادي عشر بحلفه ، وتبين أنه باع عشرة أثواب من أحد عشر من الجراب ، وإنها مجهولة وجهالة المبيع توجب فساد العقد .

وفي هذه المسألة إشكال من وجهين : أحدهما : أنه قال : يحلف البائع ، ولم يقل : يتحالفان ، وكان ينبغي أن يتحالفا ؛ لأنهما اختلفا في مقدار المعقود عليه ، والاختلاف في مقدار المعقود عليه بمنزلة الاختلاف في مقدار الثمن ، ولو اختلفا في مقدار الثمن ، يتحالفان ، فكذا إذا اختلفا في مقدار المعقود عليه

والثاني : أنه جعل القول قول البائع مع اليمين ، وكان ينبغي أن يقول : القول قول المشتري ؛ لأن المشتري يزعم جواز العقد ، والبائع يزعم فساده ، والمتبايعان إذا اختلفا في جواز العقد وفساده ، كان القول قول من يدعي الصحة .

والجواب : أما الإشكال الأول قلنا : إنما لم يقل : يتحالفان ؛ لأن تحليف البائع يفسد العقد ، وبعد ما فسد العقد لا يفيد تحليف المشتري ؛ لأن التحليف لرجاء النكول الذي هو إقرار ، ولو أقر بما ادعاه البائع صريحا ، كان العقد فاسدا ؛ لأن فيه ثوبا زائدا لم يدخل تحت العقد ، ولم يكن في تحليفه فائدة ، فلهذا لا يحلف المشتري .

وأما الإشكال الثاني قلنا : الاختلاف هنا ما وقع في فساد العقد وجوازه ، وإنما وقع في وجود العقد وعدمه في الثوب الحادي عشر ، فهو المقصود من هذه الخصومة والاختلاف ، إذا وقع في وجود العقد وعدمه ، كان القول قول من يُنكر الوجود ، ويُنكر

بالله ما هذه الدار ولا بعضها ملك هذا، ولا يحلف بالله ما لهذا المدعي في هذه الدار حق، ولو حلف على هذا الوجه، ونكل وقضى القاضي بالدار للمدعي، لا ينفذ قضاءه، هكذا حكى فتوى شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله، إذ يجوز أن لا يكون الدار ملكًا للمدعي، ويكون له فيها حقًا من حيث التطرق، أو ما أشبهه، فسكوته لا يصير مقرًا بالدار للمدعي لا محالة، فلا يجوز القضاء بملكية الدار للمدعي.

وإذا ادّعى الرجل عينًا في يدي رجل، وأراد استحلافه، فقال صاحب اليد: هذا العين لفلان الغائب، لا يندفع عنه اليمين ما لم يُقِم البينة على ذلك، بخلاف ما إذا قال: هذا لابني الصغير.

والفرق: إن إقراره للغائب توقف عمله على تصديق الغائب، فلا تصير العين مملوكًا للغائب بمجرد إقرار صاحب اليد، فلا يندفع عنه اليمين، فأما إقراره للصبي لا يتوقف على تصديق الصبي، فيصير العين ملكًا للصبي بمجرد إقراره، فلا يصح إقراره بعد ذلك لغيره، فلا يفيد التحليف؛ لأن فائدة التحليف النكول الذي هو إقرار.

وذكر في موضع آخر: إذا قال صاحب اليد: هذا العين لابني الصغير، أو قال: لفلان الغائب، يحلف بالاتفاق، فإن نكل، يقضى له، ثم ينتظر بلوغ الصبي في مسألة الصبي، فإن صدّقه المدعي في دعواه، فالأمر ماض، وإن كذّبه يؤخذ العين من يد المدعي، ويدفع إلى الصبي، ويضمن الأب للمدعي قيمة العين.

بعض مشايخ زماننا فرّقوا بين الإقرار للصبي، وبين الإقرار للغائب، كما ذكر في بعض المواضع، وبعضهم سوّوا بينهما، وقالوا: يحلف في الفصلين جميعًا، كما ذكر في بعض المواضع دفعًا للحيلة، وهذا القائل يستدل بمسألة الوقف.

١٤٦٦٣- وصورة مسألة الوقف: دار في يدي رجل، ادعاه رجل أنها ملكه، فقال صاحب اليد: إنه وقف على كذا، فإقراره بالوقف جائز، ويصير المنزل وقفًا، لكن لا يندفع اليمين عن صاحب اليد، فيحلف للمدعي[1]، فإن حلف، برئ عن دعواه، وإن نكل ضمن قيمة المنزل للمدعي، ولو جاء صاحب اليد ببينة، شهدوا على وقفيته، لا يندفع اليمين بهذا عن المدعى عليه، ولا تندفع خصومة المدعي؛ لأنه صار وقفًا قبل إقامة

---

(١) وفي الأصل: المدعي

البينة بإقراره، فصار وجود هذه البينة وعدمه بمنزلة.

١٤٦٦٤- وإذا ادعى على تركة ميت ديناً، وتقدم الوصي إلى القاضي، ولا بينة له: فإن كان الوصي وارثاً يحلف؛ لأن إقراره في نصيبه جائز، وإن لم يكن وارثاً لا يحلف؛ لأن إقراره في هذه الصورة لا يصح أصلاً؛ لأن إقراره على الغير من كل وجه.

وإذا أنكر الشاهد الشهادة والقاضي لا يحلفه؛ لأنه لا فائدة في تحليفه، في فتاوى أبي الليث رحمه الله: إذا قال المدعى عليه: إن الشاهد كاذب، وأراد تحليف المدعي بالله ما تعلم أنه كاذب، فالقاضي لا يحلفه إذا طعن المدعى عليه في الشاهد، وقال: اين گواه من از گواهى دهنده است كه اين محدود ... من است، وأراد تحليف الشاهد والمدعي على ذلك لا يحلف.

وكذلك إذا قال المدعى عليه: اين شاهد ... محدود ... دعوى ... است ... من پيش ... گواهى، وأراد أن يحلف الشاهد، أو المدعي على ذلك، لا يحلف.

١٤٦٦٥- قال أبو يوسف رحمه الله: في رجل حلف بعتق، فاستحلفه السلطان، فتحلف، فجاء رجل وأقام البينة أنه عبده، فإن القاضي ينصب خصماً له، ثم القاضي لا يقضي للمدعي ما لم يستحلفه بالله ما باعه، ولا وهبه، ولا أذنت في بيعه وهبته، وهذا عندهم جميعاً؛ لأن الخصم عاجز عن طلب اليمين من المدعي على هذا الوجه بنفسه، فكان للقاضي أن يطلب ذلك من المدعي نظراً للغائب؛ لأن القاضي نصب ناظراً لمن عجز عن النظر لنفسه بنفسه، وقد نص على هذا في كتاب جعل الآبق.

قال مشايخنا رحمهم الله: والاحتياط أن يُزاد على هذا حرف بالله ما باعه، ولا وهبه، ولا أذنت فيهما، ولا هو خارج من ملكك للحال، لجواز أن يكون باع، ثم تملك وأذن، ثم نهى، فمتى حلف على ذلك يمتنع عن اليمين؛ لأنه يحنث في يمينه، فيقضى عليه، فيتضرر به، فالاحتياط أن يُزاد في هذا: ولا هو خارج عن ملكه للحال، حتى إذا كان باع، ثم تملك، أو أذن، ثم نهى لا يحنث إذا حلف؛ لأن شرط حنثه شيئان: البيع، والخروج عن ملكه للحال، ووجد أحدهما، ولم يوجد، وبأحد شطري الحنث لا

يثبت الحنث .

ثم ذكر في كتاب الاستحلاف : أن المدعي إذا حلف ، فإن القاضي يدفع إليه ، ولم يقل : يأخذ منه كفيلا أصلاً ، وذكر في كتاب جعل الآبق ، في رواية أبي سليمان : وقال : ما أحب أن يأخذ منه كفيلاً ، وذكر في رواية أبي حنيفة رحمه الله ، وقال : أحب أن يأخذ منه كفيلا ، وقد ذكرنا هذا في كتاب جعل الآبق .

١٤٦٦٦ - قال : ولو أن رجلا أعار من رجل دابة ، أو أودعها إياه ، أو آجرها منه ، فهلكت في يده ، فجاء مدع ، وأقام البينة أنها كانت له ، قال أبو يوسف رحمه الله : لا يقضي له بشيء ، حتى يحلف بالله ما بعت ولا وهبت ، ولا أذنت فيهما ، ولا هو خارج عن ملكك للحال ، قالوا : وهذا يجب أن يكون على قول أبي يوسف رحمه الله خاصة ، فأما على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله : فإنه لا يستحلف المدعي بالله ما بعت ، حتى يطلب صاحب الدابة يمينه ، وذلك لأن موضوع المسألة أن صاحب العبد حاضر ، بدليل أنه سمع خصومة المدعي ، ولو كان غائبًا لا يسمع خصومة المدعي ؛ لأن الأمين لا ينتصب خصمًا للمدعي إذا كان من يحيل بالخصومة عليه معلومًا ، فحين سمع خصومة المدعي علمنا أنه إنما سمع أن صاحب المال ، وهو المعير والمؤاجر حاضر ، وإذا كان صاحب المال حاضرًا ، أمكن لصاحب المال طلب اليمين من المدعي ، ومهما أمكن لذي المال في يده طلب اليمين من المدعي ، فإن القاضي لا يستحلف المدعي بالله ما بعت ، ولا أذنت في بيعه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله .

وإنما يستحلف على قول أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمهم الله ، بخلاف مسألة أول الفصل ؛ لأن صاحب العبد هناك غائب عاجز عن طلب اليمين بنفسه ، فكان للقاضي أن يطلب اليمين من المدعي ، نظرًا له ، ولكن الصحيح أن ما ذكر قول الكل .

وما قالوا : بأن موضوع المسألة أن صاحب المال حاضر ، هذا ممنوع مطلقًا ، وعلى قولهما : عند طلب المدعي على ما قالوا ، وقولهم : بأن القاضي سمع خصومة المدعي ، والأمين لا ينتصب خصمًا للمدعي حال غيبة المالك ، قلنا : الأمين إنما لا ينتصب خصمًا للمدعي إذا ثبت كونه مودعًا أو مستعيرًا ، إذ لو أقام صاحب اليد البينة على ذلك ، لا

تندفع خصومة المدعي، ولا يحتاج إلى تحليف المدعى بالله ما بعت وما وهبت.

فإن حلف على قول أبي يوسف رحمه الله صدق، وعلى قولهما. عند طلب المدعي على ما قالوا، وقضى بالضمان للمدعي، فقبل أن يقبضه المدعي هلك، فالمدعي بالخيار، إن شاء ضمن الدافع، وإن شاء ضمن القابض؛ لأن كل واحد منهما جان متعد في حقه، فكان له أن يضمن أيهما شاء، كما في الغاصب، وغاصب الغاصب، فإن ضمن الدافع، فالدافع لا يرجع على أحد؛ لأنه ملك المضمون بالضمان، فصار معيراً أو مؤاجراً أو مودعاً ملك نفسه، وإن ضمن القابض إن كان القابض مودعاً أو مستأجراً، فإنه يرجع بما ضمن على الدافع؛ لأنه كان عاملاً للدافع، وقد لحقه في ذلك ضمان، فيكون قرار ذلك على المعمول له. وإن كان مستعيراً فإنه لا يرجع بما ضمن على أحد.

١٤٦٦٧- رجل في يديه عبد جاء رجل وادعاه، وأقام البينة أنه عبده، والذي في يديه العبد يدعي أنه اشتراه من فلان، يعني رجلاً آخر، وسلّم إليه، والمدعي به المبيع، فالمدعي يستحلف على دعواه؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف.

ثم على قياس ما روي عن أبي يوسف رحمه الله: يستحلف بالله ما أمرت له في بيع دارك هذه، أو في بيع غلامك هذا، وعلى ظاهر الرواية يحلف على الحاصل بالله ما هذا العين لك اليوم، وإنما يحلف على الحاصل نظراً للمدعى عليه، إذ يجوز أن يكون ادعى أذن في البيع، ثم تقايلا بعد ذلك بوجه من الوجوه، فمتى حلف بالله ما أذنت يحنث في يمينه، فيمتنع عن اليمين، فيقضى عليه بالعين والغير له فيتضرر.

١٤٦٦٨- وإذا أخذ رجل من رجل مالاً، وقال: كان لي عنده، فإنما أخذت مالي، وقال المأخوذ منه: المال مالي، ولم يكن للآخذ بينة، فإنه يرد المال على المأخوذ منه؛ لأن أخذ المال من يدي الغير يوجب الرد على المأخوذ منه، والآخذ بقوله المأخوذ مالي يريد إسقاط ما وجب عليه من الرد، فلا يصدق إلا بحجة.

ثم إذا رد المال على المأخوذ منه لو طلب الآخذ من القاضي أن يحلفه فرد عليه

على دعواه، أجابه القاضي إليه، ويحلف ما كان لفلان عليك أو عندك شيء، قالوا: والأحوط أن يستحلف بالله ما هذا المال مالك من الوجه الذي ادعاه.

١٤٦٦٩ - وإذا أودع رجل مال غيره رجلاً، وادعى المدين أن رب المال أذن له في الإدانة، وطلب يمينه، يحلف بالله ما أذنت له أن يدين هذا المال فلاناً، قالوا: والأحوط أن يزاد حرف آخر بالله ما أذنت له بالإدانة، وأنه ملكك الإدانة الآن؛ لجواز أن يكون أذن بالإدانة، ثم نهى عنها، فمتى حلف على الإذن لا يمكنه أن يحلف، فيقضى عليه، فيتضرر به.

١٤٦٧٠ - وإن ادعى غريم الميت إيفاء الدين إلى الميت، يحلف الورثة بالله ما يعلم أن أباهم قبض هذا المال، ولا شيئاً منه، ولا برئ إليه من القاضي.

١٤٦٧١ - إذا حلف المدعى عليه بالطلاق، فنكل لا يقضى عليه بنكوله؛ لأن طريق القضاء بالنكول أن المدعى عليه بالنكول منع بذل حقه، فيعاد إلى أصل حقه، والنكول عن الطلاق ليس ببذل حقه، بل هو ممتنع عنه شرعاً.

وعن هذا قلنا: إن القاضي إذا حلف المدعى عليه، وحلف، ثم حلفه بالله كم أي سوقته بسبب جحوده، فنكل عن هذه اليمين، لا يقضى عليه؛ لأن طريق القضاء بالنكول منع بذل حقه، والنكول في اليمين الثانية لا منع بذل حقه؛ لأن حقه في اليمين مرة، وقد حلفه مرة.

رجل ادعى على آخر أنك بعت مني الدار التي كانت لك، وبين حدود الدار بكذا، وقد سلمت الثمن إليك، وطلب من القاضي أن يأمره بتسليم الدار إليه، فأنكر المدعى عليه البيع، فحلفه القاضي، فنكل عن اليمين، وقضى القاضي عليه بالبيع بنكوله، ثم إنه قال بعد ذلك: ما قبضت الثمن، هل يسمع قوله؟ فالمسألة على وجهين، إن حلفه القاضي على نفس البيع، ولم يتعرض للثمن، بأن حلفه بالله ما بعت هذه الدار التي ادعاها هذا المدعي يسمع قوله؛ لأنه منكر لقبض الثمن حقيقة، وجعله مقراً بالبيع بالنكول عن البيع لا يوجب جعله مقراً بقبض الثمن، وإن كان القاضي تعرض للثمن في التحليف بأن حلفه بالله ما بعتها من هذا المدعي، وما قبضت ثمنها منه، لا يسمع قوله؛

لأنه كما يخبر عن البيع يخبر عن الثمن، فكما صار مقرًا بالبيع، يصير مقرًا بقبض الثمن، فلا يسمع قوله بعد ذلك أنه لم يقبض الثمن.

١٤٦٧٢ - في كتاب الاستحلاف: رجل أوصى إلى رجل، وله مائة دينار، فدفعها إليه، وأمره أن يتصدق منه بعشرين منها، ففعل، ثم إن الورثة خاصموا الوصي عند القاضي، وادعوا أن المتروك من الميت كان مائة، وأنكر الوصي ذلك، فأرادوا تحليفه، فالقاضي يحلفه بالله ما لهم قبلك من تركة أبيهم إلا ثمانين دينارًا، ولا يستحلفه بالله ما ترك أبوهم مائة دينار؛ لأنه قد ترك مائة دينار، وكذا لا يستحلفه بالله ما ترك أبوهم إلا ثمانين؛ لأنه ترك أكثر من ثمانين، ولكن يستحلفهم على نحو ما بينا، ثم ذكر بالله ما لهم قبلك؛ لأن كلمة عند تستعمل في الأمانات، وكلمة على تستعمل في الديون، وكلمة قبل تعم الأمرين، ويكون ما لهم قبلك ما لهم في يدك، أو في ذمتك من تركة أبيهم إلا ثمانين دينارًا

١٤٦٧٣ - رجل ادعى على آخر شيئًا من العروض والدراهم والدنانير والضياع(١)، وأنكر المدعى عليه ذلك كله، فالقاضي يجمع الكل، ويحلفه يمينًا واحدة، ذكره في الفتاوى، وسيأتي بعض مسائل اليمين في فصل المتفرقات.

١٤٦٧٤ - قال في أدب القاضي: ولو أن رجلًا اشترى من آخر جارية أو شيئًا، وقبضها، ثم إن رجلًا آخر ادعى أنه اشترى ذلك من البائع قبل أن يشتريه هذا منه، وقدم هذا المشتري إلى القاضي، وأراد تحليفه، فالقاضي يحلفه على العلم بالله ما تعلم أن هذا اشترى من هذا البائع قبل شرائك إياها منه؛ لأنه يدعي عليه سبق تاريخ شرائه، وهو لو أقر بذلك يلزمه، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول، ولكن يحلف على العلم؛ لأن هذا تحليف على فعل الغير، فإن عرض المدعى عليه للقاضي، وقال: إن الرجل قد يشتري شيئًا، ثم ينتقض البيع بينهما بإقالة أو غيره، ولا يمكنه أن يقر مخافة أن يلزمه شيء، فالقاضي يحلف المدعى عليه بالله ما تعلم أن بينهما شراء قائمًا في الساعة في هذه الجارية. وهذا لأن المدعى عليه لما عرض للقاضي فقد طلب من القاضي أن ينظر له، فينظر له.

(١) هكذا في الأصل (ر ف) وكان في م: الضياع.

# فهرس المحتويات